

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**A PROTEÇÃO DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA DO CANDIDATO AO
EMPREGO E DO TRABALHADOR**

Bruno Silveira Fonseca Gonçalves

Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Laborais

Lisboa
2018

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**A PROTEÇÃO DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA DO CANDIDATO AO
EMPREGO E DO TRABALHADOR**

Bruno Silveira Fonseca Gonçalves

**Dissertação de Mestrado elaborada
no âmbito do Mestrado Científico em
Ciências Jurídico-Laborais, sob a
orientação da Senhora Professora
Doutora Maria do Rosário Palma
Ramalho.**

**Lisboa
2018**

A Deus

Aos meus pais e irmão.

Abreviaturas

Ac. - Acórdão

Art. - Artigo

CC – Código Civil

CITE – Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego

CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

DL – Decreto-Lei

LTD – Lei do Trabalho no Domicílio

RCT – Regulamento do Código do Trabalho

RGPD – Regulamento Geral de Proteção de Dados

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação de Porto

UE – União Europeia

RESUMO

Na presente dissertação de mestrado, analisamos as possibilidades de tutela da privacidade e da intimidade dos candidatos a emprego e dos trabalhadores à luz do ordenamento laboral português. A análise parte da delimitação do conceito de privacidade e intimidade e da identificação de direitos fundamentais e de personalidade aplicáveis ao candidato a emprego e ao trabalhador. Estudos anteriormente realizados identificam, neste aspecto, a existência de um direito à privacidade como direito de personalidade da pessoa humana.

A questão da privacidade também se liga à proteção dos dados pessoais, na medida em que estas informações são potenciais reveladoras de aspectos relativos à família, à parentalidade, à orientação sexual, às convicções religiosas e filosóficas, à ascendência, dentre outros. Assim, buscamos identificar conceitos já elaborados sobre a identificação da privacidade da vida humana. Tem particular relevância, neste aspecto, a teoria das três esferas, amplamente adotada pela doutrina portuguesa, e que serve de parâmetro para a delimitação do âmbito de proteção da vida privada.

A par disto, buscamos verificar as possibilidades de violação da privacidade do trabalhador na formação do contrato de trabalho, quer seja pelos dados que são fornecidos voluntariamente por ele, quer seja por dados garimpados de fontes externas. O mesmo é feito em relação ao trabalhador, na execução do contrato de trabalho, atentando, por certo, ao fato de que as particularidades da relação laboral, sobretudo em razão da posição de subordinação jurídica, acrescem os riscos de danos à privacidade do trabalhador. Na sequência, são identificados aspectos relativos à tutela da privacidade, das consequências da violação, dos efeitos para a cessação do contrato de trabalho, e da tutela de outros direitos de personalidade relativos ao âmbito da vida privada do trabalhador. Por fim, identificaremos a tutela das situações laborais que fogem dos moldes tradicionais, a exemplo do trabalhador no domicílio e dos profissionais desportivos.

Palavras-chave: privacidade, intimidade, reserva da intimidade da vida privada, direitos de personalidade, igualdade e não discriminação, assédio

ABSTRACT

In this master dissertation, we analyze the possibilities of safeguarding the privacy and intimacy of job seekers and workers in Portuguese labor system. The analysis starts with the delimitation of the concept of privacy and intimacy and the identification of fundamental rights and personality rights of job applicants and workers. Earlier studies have identified the existence of a right to privacy as a personal right of the human person.

The issue of privacy is also linked to the protection of personal data, as this information is potentially revealing aspects related to family, parenthood, sexual orientation, religious and philosophical beliefs, ancestry, among others. Thus, we seek to identify concepts already elaborated on the identification of the privacy of human life. Of particular relevance is the theory of the three spheres, widely adopted by Portuguese doctrine, as it serves as a parameter for the delimitation of the scope of protection of private life.

In addition, we seek to verify the possibilities of violation of the privacy of the worker in the formation of the employment contract, either by the data that are provided voluntarily by him or by data collected from external sources. The same is done in relation to the employee, in the performance of the employment contract, considering, of course, the fact that the particularities of the employment relationship, especially due to the position of legal subordination, add the risks of damages to the privacy of the worker. Consequently, aspects relating to the protection of privacy, the consequences of the violation, the effects for the termination of the employment contract, and the protection of other personality rights related to the private life of the worker are identified. Finally, we will identify the guardianship of labor situations that flee from the traditional molds, like the worker at home and sports professionals.

Key words: privacy, intimacy, intimacy of private life, personal rights, equality and non-discrimination, harassment

ÍNDICE

ÍNDICE.....	6
1. INTRODUÇÃO.....	8
2. A PRIVACIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DE PERSONALIDADE	9
2.1. A delimitação da privacidade e da intimidade da vida privada.....	9
2.2. A personalidade	12
2.2.1. Início e término da personalidade	12
2.2.2. Direitos de personalidade e fundamentais: conceitos, aproximações e distinções	15
2.3. A tutela dos direitos da personalidade.....	19
2.4. A privacidade como direito de personalidade: a reserva da intimidade da vida privada	22
2.5. A privacidade e os dados pessoais	26
2.5.1. O reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito ..	26
2.5.2. Dados pessoais sensíveis	28
2.6. A constitucionalização do direito do trabalho e a esfera privada do trabalhador	29
3. A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE DO CANDIDATO A EMPREGO NA FORMAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO	34
3.1. O Direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho: o princípio da igualdade e o dever de não discriminação.....	34
3.2. A proteção da privacidade do candidato como fator de promoção da igualdade e não discriminação no acesso a emprego	40
3.3. Redes sociais do candidato	47
3.4. Brasil: demandas trabalhistas anteriores	53

3.5.	Delimitação negativa da discriminação no acesso a emprego e no trabalho	56
4.	A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE DO TRABALHADOR NA VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO	59
4.1.	Os poderes diretivo e de vigilância e controle do empregador	59
4.2.	A privacidade do trabalhador no ambiente de trabalho	61
4.2.1.	Meios de vigilância à distância	61
4.2.2.	A liberdade do trabalhador na vigência do contrato de trabalho	66
4.2.3.	Confidencialidade no acesso às mensagens e de acesso à informação	73
4.2.4.	Dados biométricos.....	75
4.2.5.	Revistas pessoais e aos bens do trabalhador	77
4.2.6.	Vigilância da saúde e do estado de gravidez.....	80
4.3.	A privacidade do trabalhador fora do ambiente de trabalho	83
4.3.1.	Os tempos de não trabalho, o direito à desconexão e a vida privada do trabalhador	83
4.3.2.	Redes sociais do trabalhador e a internet.....	89
4.4.	A discriminação e assédio no âmbito laboral	93
4.5.	Privacidade e justa causa de despedimento	99
4.6.	Casos especiais:	111
4.6.1.	Trabalho externo: geolocalização	111
4.6.2.	Teletrabalho, e trabalho no domicílio	116
4.6.3.	O direito à imagem	122
5.	CONCLUSÕES.....	126

1. INTRODUÇÃO

Na literatura, o tema da sociedade vigiada foi tratado brilhantemente na obra de George Orwell, “1984”. A obra surge num contexto em que se destaca o desenvolvimento da tecnologia¹, e tornou famosa a expressão “*the big brother is watching you*”, em uma alusão à vigilância exercida pelo partido totalitário. A narrativa leva ao extremo o conceito da ausência de privacidade de maneira bastante crítica. Para além de poderem ver tudo o que acontecia, as pessoas tinham inclusive os seus pensamentos monitorados, de modo que havia se concretizado a onipresença e a onisciência do governo em relação à população.

Já na atualidade, a universalização do acesso à internet, das redes sociais, da disseminação de câmeras de fotografia e vídeo nos smartphones colocaram a questão da privacidade em um patamar de destaque. Das câmeras de vigilância à gravação de dados detalhados de uso de equipamentos eletrônicos, o volume de informações que podem ser obtidas e tratadas de forma automatizada com o emprego destas tecnologias põem em risco aspectos da vida privada de uma pessoa.

Neste sentido, a devassa da privacidade tem impactos negativos no âmbito laboral, na medida em que favorece a fragilização da figura do trabalhador, impede o acesso de candidatos a um posto de trabalho e potencializa os riscos de tratamentos discriminatórios e assédio. A condição de subordinação jurídica que se coloca o trabalhador em relação ao empregador na execução do contrato de trabalho e a escassez de vagas na formação deste somente corroboram as preocupações relativas a proteção da privacidade do trabalhador e do candidato, porquanto colocam seus direitos de personalidade em particular vulnerabilidade.

¹ RUDARO, Regina Linden, RODRIGUEZ, Daniel Piñero, FINGER, Brunize (colab.) - *O direito à proteção de dados pessoais*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, n. 53, 2011, p. 142

2. A PRIVACIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DE PERSONALIDADE

2.1. A delimitação da privacidade e da intimidade da vida privada

“Privacidade” e “Intimidade” são conceitos próximos, frequentemente apontados como sinônimos pelos dicionários². Ainda assim, podemos definir a privacidade como uma condição que diz respeito unicamente ao indivíduo, ao passo que a intimidade diz respeito a aspectos relativos à vida íntima e recôndita desse indivíduo³.

A este respeito, o artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa e o artigo 80.º do Código Civil mencionam “intimidade da vida privada”, cuja nomenclatura (*l'intimité de la vie privée*) também é adotada de forma esparsa no Código Civil francês (arts. 9, 259 e 459).

O vocábulo “privado” é definido, por exclusão, como aquilo que não é público, mas particular e íntimo. Por analogia, nos seria permitido concluir que “vida privada” diz respeito a aspectos da vida que não pertencentes à “vida pública”, dentre os quais estão contidas a intimidade e a privacidade⁴. Neste sentido, também, a jurisprudência e a doutrina mencionam “direito à privacidade⁵” e “direito à intimidade”.

Como conceito autônomo, a noção de intimidade da vida privada vai se definir com a ascensão da classe burguesa após o declínio do sistema feudal. se relaciona com o surgimento da burguesia, como caractere indicativo de ascensão social, consubstanciado no direito à propriedade privada. É somente através da

² Cfr. Vocábulos privacidade e intimidade em FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda - *Mini Aurélio: o dicionário da Língua Portuguesa*. Coord. Marina Baird Ferreira. 8 ed. rev. Atual. Curitiba: Positivo, 2010. 960p

³ Cfr. Vocábulos privacidade e intimidade em ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Dicionário escolar da língua portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Ed. Nacional, 2008

⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, I (Parte Geral), tomo 3, Coimbra: Almedina, 2007, p. 253

⁵ ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana no Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 37

propriedade privada que a burguesia torna possível uma verdadeira separação, inclusive física, entre a vida pública e a vida privada. Ou ainda, entre aquilo que realiza publicamente e privativamente⁶. Após a segunda metade do século XIX e o século XX, nos Estados Unidos e na Europa, a privacidade desenvolve-se como direito. Da proteção da honra e do domicílio, com o desenvolvimento da tecnologia, acresceu-se ao direito à privacidade a proteção à correspondência e à telecomunicação⁷.

A origem do conceito de privacidade, como direito, é atribuída à clássica publicação dos advogados Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, *"The Right to Privacy"*, de 1890. Os autores defendiam que o reconhecimento do direito à privacidade possibilitava a sua tutela imediata através das normas vigentes e dos princípios do *common law*. À época, era pressuposto que o sujeito, como indivíduo, era carecedor de proteção, assim como a sua propriedade⁸. Os autores, entretanto, foram além, e demonstraram suas preocupações em relação às novas formas de telecomunicação e imprensa, nos Estados Unidos. Grande influenciadora da teoria dos advogados foi a obra de Thomas Cooley, que, em 1873, tratou sobre o direito de ser deixado só (*the right to be let alone*⁹). As preocupações de Warren e Brandeis, sobretudo, se relacionavam à evolução da imprensa contra a divulgação de informações pessoais de forma indesejada e indesejável, defendendo, portanto, a criação de um direito de propriedade imaterial baseado na tutela da intimidade da vida privada¹⁰.

⁶ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador. Coimbra: 2004. 64; NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva Navarro. LEONARDOS, Gabriela. Privacidade Informacional: origem e Fundamentos no Direito Norte-Americano. Disponível em www.publicadireito.com.br Acesso em 20 ago. 2018., p. 3

⁷ MOREIRA, Vital (coord.). GOMES, Carla de Marcelino (coord.). Centro de Direitos Humanos Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). *Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos*. Wolfgang Benedek, 2012. Disponível em www.fd.uc.pt, acesso em 12 set. 2018. p. 387

⁸ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. In: Harvard Law Review. Vol. IV, n. 5, Dec 1890, p. 195

⁹ COOLEY, Thomas McIntre *apud* NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva Navarro; LEONARDOS, Gabriela. *Privacidade Informacional* cit., p. 5

¹⁰ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The Right to Privacy*. Harvard Law Review, v. 4, n. 5, dez. 1890. pp. 193-220. Disponível em www.jstor.org/stable/1321160

Desenvolve-se, também, o conceito de privacidade ligada ao direito ao sigilo, o que, segundo RICHARD POSNER¹¹ implica não somente o direito de ser deixado só, mas também o direito de ocultar determinadas informações do conhecimento. Este poder tem por consequência a limitação do acesso à informação dos indivíduos por terceiros, de sorte que aquilo que o sujeito entendesse como privado, e assim o quisesse manter, estaria dentro do escopo de proteção da sua privacidade¹². Mais recentemente, a teoria de Daniel J. Solove conceitua o direito à privacidade como um conjunto de direitos que possibilitam a uma determinada pessoa a gestão de seus próprios dados. Chamada de *privacy self-management*, esta concepção pressupõe a faculdade de o indivíduo decidir-se em relação à coleta, ao uso e a divulgação de informações relativas a ele¹³.

De acordo com TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., “*no âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos*”. Contudo, a distinção entre elas reside na análise do princípio da exclusividade. Este princípio é composto por três atributos, quais sejam a solidão (desejo de estar só), o segredo (necessidade de sigilo) e a autonomia (liberdade de gerir a si próprio como centro emanador de informações). Assim, a intimidade é o “*âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem ao alcance de sua vida privada*”, na medida em que a vida privada também comporta a dimensão familiar. Logo, a intimidade abarca situações que, embora sejam componentes da vida privada, fazem parte de um âmbito ainda mais exclusivo da pessoa, a exemplo do pudor pessoal, do segredo íntimo e da sexualidade, cuja publicidade é potencialmente constrangedora e danosa. Neste sentido, cabe mencionar que determinados aspectos da vida privada, por vezes, têm sua publicidade tornada necessária em virtude de um regramento, a exemplo do nome e da idade, ao passo que os aspectos da intimidade da pessoa, como os pensamentos, não se sujeitam a qualquer obrigação neste sentido¹⁴.

¹¹ POSNER, Richard *apud* BRANDÃO, André Martins. Interpretação jurídica e direito à privacidade na era da informação: Uma abordagem da hermenêutica filosófica. Revista Paradigma, ano XVIII, n. 22, p. 232-257, jan./dez. 2013. Disponível em www.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/237/314, p. 242.

¹² BRANDÃO, André Martins. Interpretação jurídica e direito à privacidade... cit., p. 242

¹³ BRANDÃO, André Martins. Interpretação jurídica e direito à privacidade... cit., p. 242

¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, 1 jan. 1993, p. 442

Com efeito, embora não seja possível determinar um conceito unitário de intimidade e privacidade, parece-nos que há uma relação de pertinência entre elas. Desta feita, a intimidade está contida no âmbito da privacidade (ou na vida privada), ao mesmo tempo em que a intimidade parece ser bastante mais restrita. Assim, por se revelar um conceito mais amplo do que a intimidade, adotamos a terminologia “privacidade” para tratar de aspectos da intimidade, da vida privada e familiar.

O reconhecimento da privacidade, como direito, tem relevância na medida em que obsta a “devassa da vida privada” do indivíduo. Assim, resta protegida a vida doméstica, familiar, sexual e afetiva das pessoas.¹⁵

2.2. A personalidade

2.2.1. Início e término da personalidade

Todo o Direito existe por causa dos homens, segundo o adágio clássico de Hermogenianus. A ideia de pessoa, para o direito, nasceu tardiamente, após a ideia de contrato e propriedade. No Direito romano, o conceito que mais se aproxima da pessoa era o do cidadão, cuja ideia traduzia um viés essencialmente político. Ainda assim, nem todo ser humano era considerado cidadão, porquanto aqueles que não tinham poderes de exercício na res publica eram considerados escravos (não-cidadãos). Após um período de profundas transformações, sob forte influência do cristianismo e, posteriormente, do liberalismo, o conceito de pessoa adquiriu o caráter universal que tem hoje, isto é, não faz distinção entre os seres humanos como sujeito de direitos e obrigações¹⁶.

O Direito passou não só a reconhecer todo ser humano como pessoa como também passou a atribuir a personalidade a entes distintos, a fim de que se tornem, também, capazes de direitos e obrigações. É o caso das pessoas coletivas, representadas, nomeadamente, pelas sociedades, associações, fundações e pelo Estado. Isto implica que, atualmente, nem toda pessoa é ser humano, mas todo ser

¹⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria geral de direito civil. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 65.

¹⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil... cit., p. 29-30.*

humano é pessoa (singular). As sociedades comerciais, por exemplo, para que existam e atuem em relação a terceiros e em relação aos próprios sócios gozam de personalidade jurídica (artigo 5.º do Código das Sociedades Comerciais). Através de seus órgãos, as sociedades formam, manifestam e executam as suas vontades, como pessoas coletivas, porquanto são incapazes de manifestarem, sozinhas, as suas vontades¹⁷.

Em vista disto, a doutrina compartilha, hoje, o entendimento de que o conceito de pessoa se relaciona à suscetibilidade “*de ser titular de direitos e de ser adstrito de obrigações*”¹⁸, ao passo que a personalidade pode ser definida como a aptidão genérica que tem a pessoa para adquirir direitos e contrair obrigações¹⁹. Trata-se de um dado extrajurídico, na medida em que a personalidade traduz a qualidade de ser pessoa, fato que o Direito se limita a constatar. Isto implica que o direito não pode negar o reconhecimento da personalidade à pessoa humana²⁰.

Segundo o Código Civil, a aquisição da personalidade ocorre no momento do nascimento completo e com vida (artigo 66.º, 1). Mais ainda, nascido vivo, o sujeito também concretiza os direitos adquiridos enquanto nascituro (artigo 66.º, 2). Conforme preleciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, a vida é considerada no momento em que o feto realiza a primeira troca oxicarbônica no meio ambiente, ainda que não se tenha cortado o cordão umbilical, e independentemente da viabilidade ou do falecimento imediato após o parto²¹.

De tal maneira, a aquisição da personalidade e a concretização dos direitos adquiridos enquanto nascituro têm como condicionantes o nascimento completo e com vida. A solução atual, entretanto, difere daquela adotada pelo Código de Seabra (1867), que exigia, adicionalmente ao nascimento com vida, que o parto ocorresse

¹⁷ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil... cit., p. 30

¹⁸ CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil... cit., p. 30

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Volume 1. Teoria Geral do Direito Civil. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; BEVILAQUA, Clovis. Teoria geral do direito civil. Campinas: Servanda, 2007, 91

²⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria geral do direito civil... cit., p. 35-36

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 31. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 186

dentro de 300 dias a contar da concepção, bem assim que a criança guardasse forma humana. A necessidade da “figura humana”, em especial, remonta ao Direito Romano (“*Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit...*” - Digesto, Livro I, Título V, 14²²), condição também presente no Código Civil Espanhol atual (artigo 30). Para o Direito Romano,

Similarmente ao caso português, o marco do início da personalidade no ordenamento brasileiro é o nascimento com vida, segundo o artigo 4.º do Código de Beviláqua (1916), cuja solução foi praticamente reproduzida no artigo 2.º do Código Civil de 2002, atual²³. No ordenamento húngaro, todavia, o Código Civil define o início da personalidade no momento da concepção, condicionado apenas ao nascimento com vida (Seção 2:2, n.º 1 do Livro 2)²⁴.

Embora não se possa falar em personalidade do nascituro, o Código português viabiliza a proteção aos direitos de personalidade do feto. Neste sistema, os direitos adquiridos pelo nascituro durante a gestação são condicionados ao seu efetivo nascimento, o que implica dizer que os direitos de personalidade do nascituro são direitos em potencial. Para tanto, a lei trata de fixar o momento presumido da concepção como sendo os cento e vinte dias dos trezentos que precederam o nascimento da criança (artigo 1798.º), ressalvadas exceções, admitindo, ainda, a possibilidade de fixação pela via judicial (artigos 1800.º). O Código Civil, Comercial e Familiar da Hungria²⁵ adota interessante solução, ao determinar que, a contar da data do nascimento, inclusive, aos trezentos dias antecedentes a ela, deva ser considerada a data da concepção, para fins de determinação dos direitos do nascituro, condicionando esses direitos, da mesma forma, ao nascimento com vida (Seção 2:1).

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil...* cit., p. 187.

²³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil...* cit., p. 201-202.

²⁴ HUNGRIA. Código Civil (Act V of 2013), de 26 de fev. de 2013, Trad., disponível em www.ilo.org acesso em 20 out. 2018

²⁵ HUNGRIA. Código Civil... cit.

No que toca o término da personalidade, é de fácil constatação que o momento deve se remeter à morte, assim compreendida como a cessação irreversível das funções do tronco cerebral, por força do que dispõe o artigo 2.º Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto²⁶. Há casos, contudo, em que a determinação precisa desse momento é impossível ou excessivamente difícil, como por exemplo, dois cônjuges que falecem em decorrência de um acidente sem ser possível precisar quem foi o último sobrevivente. A lei, atenta a essa questão, determina que, em caso de dúvida, deva se presumir que uma e outra faleceram em simultâneo (artigo 68.º, n.º 2). De igual modo, sendo desaparecida a pessoa, em circunstâncias cujas quais não permitam duvidar de sua morte, a lei determina que ela deva ser tomada por falecida (artigo 68.º, n.º 3).

2.2.2. Direitos de personalidade e fundamentais: conceitos, aproximações e distinções

Toda pessoa é capaz de ser titular de situações jurídicas e, portanto, capaz de ser titular de direitos de personalidade²⁷. Espécie do gênero dos direitos subjetivos, os direitos de personalidade se diferenciam dos demais por estarem intrinsecamente ligados à personalidade do indivíduo, como pessoa, isto é, os direitos de personalidade projetam a personalidade do homem. São direitos necessários (ou essenciais), porquanto se destinam à realização da personalidade do indivíduo, sem os quais diversos direitos perderiam eficácia²⁸. Em decorrência da aquisição da personalidade jurídica, a pessoa se torna automaticamente capaz de ser titular de situações jurídicas de personalidade relacionadas à sua integridade física e moral, ao seu nome, à sua honra e à sua privacidade²⁹.

²⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil...* cit., p. 204-205

²⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil...* cit., p. 30

²⁸ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução por Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008, p. 19-28; MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*, 7 ed, Coimbra: Almedina, 2015, p. 365.

²⁹ DRAY, Guilherme Machado. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 27-28

Conexos à própria noção de pessoa, os direitos fundamentais visam, em regra, o estabelecimento de uma proteção contra as ingerências do Estado na vida privada. São direitos tutelados constitucionalmente, e que, no sistema da Constituição, podem assumir três formas: são *liberdades*, quando se referem à possibilidade de manifestação e ao exercício da personalidade, *garantias*, quando visam a defesa contra ingerências ou violações externas e *direitos sociais*, quando refletem a colaboração do Estado com a pessoa na prestação de bens e serviços³⁰.

Atualmente, a doutrina reconhece a existência dos direitos fundamentais inseridos em um sistema de valores constitucionais, fundados na dignidade do ser humano, no livre desenvolvimento e na igualdade formal. Sob esta orientação, o ser humano passa a ser necessariamente encarado como sujeito – e não objeto –, capaz de autodeterminação e liberdade de escolhas, visto sempre sob perspectiva igualitária. Esse sistema possibilita aos direitos fundamentais que sejam tidos em uma função de integração, na medida em que permite a conjunção do Estado e das demais instituições sociais, de interpretação, porquanto auxiliam a interpretação de normas e princípios e de solução de conflitos, na existência de direitos fundamentais em colisão³¹.

Já os direitos de personalidade se originam no âmbito civilista. A previsão de direitos relativamente à personalidade das pessoas remonta ao Código de Seabra, de 1867, sob a alcunha de direitos originários, e se dedicavam ao direito de existência, direito de liberdade, direito de associação, direito de apropriação e o direito de defesa, cuja sistemática foi alvo de críticas da doutrina, que criticava a sua utilidade³². No Código Civil atual, a proteção dos direitos de personalidade passa por uma proibição geral do indivíduo contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física e moral (art. 70.^o do Código Civil).

³⁰ DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da Proteção do Trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 170-181

³¹ DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da Proteção do Trabalhador...* cit., p. 182

³² DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da Proteção do Trabalhador...* cit., p. 171-172

Por estarem conexos à personalidade, os direitos de personalidade se classificam como direitos pessoais, personalíssimos, absolutos e de excepcional dignidade ética³³. Têm também, como característica, serem relativamente indisponíveis, extrapatrimoniais³⁴, intransmissíveis e de observância incondicionada, dada a necessidade de promoção da personalidade do indivíduo sob quaisquer circunstâncias. Quanto à origem, os direitos de personalidade podem ser necessários, se decorrem diretamente da existência do indivíduo, ou eventuais, quando dependem da existência de uma situação jurídica concreta relacionada à pessoa e que lhe atribua determinados direitos, i.e., a atribuição do nome à pessoa³⁵.

Os direitos de personalidade, neste aspecto, se relacionam com direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos. São disto exemplos o princípio da dignidade humana (art. 1.º da CRP), o direito à vida (art. 24.º), à integridade pessoal (art. 25.º), ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, ao bom nome e à reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação (art. 26.º, n.º 1), garantias relacionadas à informática (art. 35.º), o direito de resposta (art. 37.º), a liberdade de consciência, de religião e de culto (art. 41.º), de criação cultural (art. 42.º), de aprender e ensinar (art. 43.º), de escolha da profissão (art. 47.º, n.º 1), ao trabalho (art. 58.º), ao ambiente (art. 66.º), à educação e à cultura (art. 73.º), à cultura física e ao esporte (art. 79.º)³⁶.

Ainda que seja visível a afinidade entre alguns direitos fundamentais e os direitos de personalidade, é importante que se esclareça a distinção entre as duas figuras. Para JORGE MIRANDA, direitos fundamentais emanam a ideia de relações de poder, o que se contrapõe à ideia de igualdade expressada nos direitos de personalidade. Ademais, enquanto os direitos fundamentais são relacionados à

³³ DRAY, Guilherme Machado. *Direito de Personalidade... cit.*, p. 27-28

³⁴ HOGEMANN, Edna Raquel. *O direito geral de personalidade* (Capelo de Souza, R., 1995). Via Iuris, Bogotá, n. 22, p.225-244, jan./jul. 2017. Disponível em www.redalyc.org/articulo.oa?id=273954731013, acesso em 22 maio 2018, p. 242

³⁵ DRAY, Guilherme Machado. *Direito de Personalidade... cit.*, p. 27-28

³⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008, p. 66-69

esfera pública³⁷, os direitos de personalidade são atentos à esfera privada – ainda que se relacionem com os direitos fundamentais. Isto porque, segundo o autor, há muitos direitos fundamentais que são, também, direitos de personalidade, embora nem todos os direitos de personalidade sejam considerados direitos fundamentais³⁸.

J. J. GOMES CANOTILHO afirma que há uma forte tendência a se considerar, cada vez mais, direitos de personalidade como direitos fundamentais, e vice-versa, na medida em que há, atualmente, uma “*interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão*”. Contudo, é no reconhecimento dos direitos fundamentais às pessoas coletivas e organizações, no que lhes for compatível com a sua natureza, que se tornam evidentes as distinções entre direitos de personalidade e direitos fundamentais³⁹.

CASTRO MENDES assevera que direitos fundamentais são aqueles oponíveis face ao estado, por estarem inseridos na Constituição. Afirma, ainda, que muitos direitos, liberdades e garantias considerados fundamentais são também direitos de personalidade. Nomeadamente, os direitos à vida, à integridade física e moral, ainda que não os sejam todos. A título de exemplo, cita o direito de ação popular e o de participação na vida pública. Em suma, para o autor, direitos de personalidade são distinguidos pelo objeto, uma vez que incidem sobre elementos da personalidade⁴⁰.

Já segundo GUILHERME DRAY⁴¹, direitos fundamentais e direitos de personalidade se diferenciam na origem. Assim considerando, direitos fundamentais são aqueles nascidos com vistas à tutela do indivíduo perante o estado, ao passo que os direitos de personalidade se originam da necessária promoção da ética, e, portanto, de alcance irrestrito entre as esferas pública e privada, quer seja na estrutura horizontal ou vertical.

³⁷ Sobre a teoria das três esferas (“*Sphärentheorie*”), que compreende uma separação de aspectos da vida pessoal na esfera íntima, privada e pública (ou social), trataremos no item 2.4

³⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional... cit., p. 69

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 20 reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 396-421

⁴⁰ MENDES, João de Castro. Direitos Liberdades e Garantias – Alguns Aspectos Gerais. In: PEREIRA, Andre Gonçalves. Estudos sobre a constituição. Lisboa: Petrony, 1977, p. 93-177

⁴¹ DRAY, Guilherme Machado. Direito de Personalidade... cit., p. 28

Nas relações de trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana passa a significar, também, a dignidade da pessoa do trabalhador. É esse o limite estabelecido em relação aos poderes do empregador, na medida em que não se coadunam com violações aos direitos de personalidade do trabalhador. Para além disto, a proteção dos direitos de personalidade do trabalhador garante o exercício de vários direitos fundamentais, sobretudo aqueles destinados especificamente ao trabalho (i.e., a segurança no emprego, o direito à greve e à liberdade sindical), ainda que outros direitos fundamentais, não especificamente laborais, possam assumir essa dimensão, à exemplo da liberdade de consciência, de religião e culto e da liberdade de expressão e informação⁴².

2.3. A tutela dos direitos da personalidade

Especialmente dedicada à tutela dos Direitos de Personalidade, a Seção II do Código Civil se dedica à proteção do direito à integridade física e moral do indivíduo, ainda que falecido⁴³, através da proteção à vida, à honra, à privacidade e à liberdade. Sob uma perspectiva prática, a proteção dos direitos da personalidade implica especificamente a possibilidade de exigir a reparação na hipótese de ameaça de violação ou da própria violação esses direitos⁴⁴.

A tutela dos direitos de personalidade no Código Civil parte da consagração de uma proteção geral dos direitos de personalidade, no artigo 70.º, que dispõe que “*a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral*”. A disposição tem alcance sobre ameaças e agressões ilícitas aos direitos de personalidade. Na sequência da tutela geral, o Código Civil estabelece a tutela específica dos direitos de personalidade. Entretanto, em virtude da generalidade da norma do artigo 70.º, o elenco dos direitos de personalidade não se esgota na previsão dos artigos seguintes⁴⁵.

⁴² MOREIRA, Teresa Coelho. *Direitos de Personalidade* in: Estudos de Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2011, p. 65-68

⁴³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil...* cit., p. 49

⁴⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil...* cit., p. 209-210; HOGEMANN, Edna Raquel. *O direito geral de personalidade...* cit., p. 241-242

⁴⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil...* cit., p. 46-47.

A tutela específica dos direitos de personalidade no Código Civil protege o nome (artigo 72.º), o pseudónimo (artigo 74.º), o conteúdo das cartas-missivas, de natureza confidencial (artigo 75.º), as memórias familiares e outros escritos confidenciais (artigo 77.º), as cartas-missivas não confidenciais, desde que não contrariem a expectativa do autor (artigo 78.º), a imagem (art. 79.º) e a reserva sobre a intimidade da vida privada (art. 80.º)⁴⁶.

Mais, a Lei cuida de estender a tutela dos direitos da personalidade, de forma expressa, às pessoas falecidas, e, portanto, sem personalidade. O intento, nesse aspecto, é da salvaguarda do legado da personalidade da pessoa falecida, de sorte que confere a eles a titularidade da tutela desses direitos. Especificamente em relação ao nome, a fim de conferir efetividade dessa proteção, é estendida a legitimidade de sua defesa ao cônjuge, aos descendentes e aos ascendentes, estando vivo ou falecido o titular do direito.

É cediço, entretanto, que os direitos de personalidade são conteúdo mínimo, e, portanto, fundamentais à promoção da personalidade do indivíduo, e que dele é a titularidade de tais direitos. Neste sentido, abre-se a discussão acerca da possibilidade de o indivíduo de limitar voluntariamente direitos tão essenciais à sua personalidade, na medida em que é titular desses direitos.

A previsão do artigo 81.º do Código Civil responde positivamente a esse questionamento ao estabelecer limites à disposição voluntária dos direitos de personalidade pelo seu titular. Assim, considera anulável, a qualquer tempo, a limitação *lícita* ao exercício dos direitos de personalidade, e plenamente nula a limitação contrária aos princípios da ordem pública (*ilícita*).

É importante ressaltar que a limitação voluntária aos direitos de personalidade não alcança, sob nenhuma hipótese, a capacidade de gozo desses direitos, bem assim que eles não são alcançados pela prescrição extintiva. É de se considerar, entretanto, que alguns bens de personalidade podem ser efetivamente destacados do direito de personalidade do indivíduo, de sorte que não mais se aplicam as disposições sobre

⁴⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil...* cit., p. 209-211

a limitação ou revogação destes direitos. É o caso dos cabelos humanos, retirados do indivíduo para venda, os quais, após terem sido autonomamente destacados, não mais integram o patrimônio da personalidade do indivíduo⁴⁷.

Cabe mencionar, dentre os direitos de personalidade, o direito à imagem, disposto no artigo 79.º do Código Civil. A proteção à imagem funda-se, aprioristicamente, na proteção da privacidade e da intimidade do indivíduo, sendo também destinada à proteção da honra e do bom nome do representado. Decorre do fato de que a imagem é capaz de conter inúmeros caracteres acerca da personalidade, da origem, das preferências pessoais e políticas do indivíduo, e mesmo de se tornar lucrativa. Não se torna desarrazoado, portanto, que o critério para a limitação voluntária do direito a imagem seja o consentimento.

A exceção à necessidade de consentimento aparece apenas em relação às figuras públicas, bem assim compreendidas as pessoas cuja notoriedade, cargo, exigências de polícia ou de justiça justifiquem a exposição. Há dispensa do consentimento, também, quando os motivos forem objetivamente relevantes do ponto de vista científico, didático e cultural ou quando fundados no interesse público. É a hipótese de ser retratada a pessoa em lugar público ou durante fato público relevante ou, ainda, por exigências policiais ou de justiça⁴⁸. Em todos os casos, é indisponível a proteção da honra, da reputação e do decoro por meio da imagem (artigo 79.º, n.º 1 e 3), não nos sendo crível que o mero consentimento represente renúncia à possibilidade de tutelar esses direitos (i.e., solicitar o apagamento ou a remoção, a retificação, o desagravo, dentre outros).

No âmbito trabalhista, a proteção aos direitos de personalidade, com contornos tipicamente laborais, foi inaugurada pelo Código do Trabalho de 2003, a fim de garantir a defesa dos direitos de personalidade dos sujeitos laborais⁴⁹. A inovação introduzida por este diploma reconheceu a necessidade de tratamento diferenciado

⁴⁷ HOGEMANN, Edna Raquel. *O direito geral de personalidade...* cit., p. 241-242

⁴⁸ DRAY, Guilherme Machado. *Direito de Personalidade...* cit., p.50-52

⁴⁹ DRAY, Guilherme Machado in: MARTINEZ, Pedro Romano et. al. *Código do Trabalho Anotado*, 10 ed., Coimbra: Almedina, 2016, p.135; MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho...* cit., p. 367

dos direitos de personalidade do trabalhador em relação ao cidadão comum, na medida em que as peculiaridades do vínculo laboral alteram as relações havidas entre as partes, sobretudo em razão da subordinação jurídica do trabalhador⁵⁰.

À época, o pioneirismo da legislação trabalhista foi bem recebido pela doutrina. Segundo GUILHERME DRAY⁵¹, o regime da proteção dos direitos de personalidade no âmbito laboral revela-se atualmente “*sólido e amadurecido, com forte aplicação jurisprudencial e com influência decisiva em diversas leis do trabalho, da lusofonia aprovadas depois da entrada em vigor do Código de Trabalho Português*”, sem perspectivas de ser deixado de lado. Como reflexos dessa inovação no âmbito comparado, o autor cita os ordenamentos cabo-verdense, moçambicano, timorense e angolano.

A solução adotada pelo Código do Trabalho passa pela reiteração de princípios já consagrados no Direito Civil em matéria de direitos de personalidade, acrescentando a eles as peculiaridades que advinham da sua recondução às relações laborais e incluindo regras mais específicas. Nomeadamente, foram impostos limites sobre possibilidade de o empregador fiscalizar a prestação da atividade laboral, ao requerimento da realização de testes e exames médicos, ao acesso às informações e comunicações realizadas pelo trabalhador, dentre outros⁵².

Atualmente, a tutela dos direitos de personalidade é representada nos artigos 14.^º e seguintes do Código do Trabalho, sem grandes alterações em relação ao Código do Trabalho de 2003⁵³, cujo tema será tratado com mais afinco adiante.

2.4. A privacidade como direito de personalidade: a reserva da intimidade da vida privada

⁵⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 147-148

⁵¹ DRAY, Guilherme in: MARTINEZ, Pedro Romano et. al. *Código do Trabalho Anotado...* cit., p. 135

⁵² MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho...* cit., p. 367; MOREIRA, Teresa Coelho. *Direitos de Personalidade...* cit., p. 69-70

⁵³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho...* cit., p.147

Não obstante o direito à imagem, o direito à honra⁵⁴ e ao sigilo das comunicações já se consubstanciam numa forma de proteção à privacidade da pessoa humana, o Código Civil, em reconhecimento ao fato de que a privacidade é um direito de personalidade, consagrou, de forma autônoma, a tutela da intimidade da vida privada no artigo 80.⁵⁵ A autonomização deste direito, sem prejuízo dos demais, evidencia o interesse à proteção mais ampla desse bem de personalidade⁵⁶. Assim, da conjugação do n.º 2 do artigo 18.º da CRP e do artigo 355.º do Código Civil (colisão de direitos), a reserva da intimidade da vida privada deve ser tratada como regra, de sorte que a sua limitação se consubstancie exceção⁵⁷.

No contexto de universalização do acesso à internet, da multiplicação das redes sociais, e da onipresença das câmeras fotográficas em aparelhos de telefonia móvel, a reserva da intimidade da vida privada ganha especial enfoque: a sociedade se rende ao fetichismo da exposição da vida privada nas redes sociais ao mesmo tempo em que se torna refém do mau uso pela reprodução indevida ou não consentida⁵⁸ e da manipulação dessas informações por terceiros.

A proteção da intimidade da vida privada revela, ainda, outros vieses: o direito ao sossego e o direito a ser deixado só. Assim, é indubitável que aspectos corriqueiros da vida privada nem sempre lesam a honra e o decoro do indivíduo, contudo, se expostos, potencialmente perturbam o descanso e a tranquilidade da pessoa⁵⁹. Conclui-se, portanto, que o sossego, a tranquilidade, o segredo e a possibilidade de estar sozinho são caracteres inerentes à intimidade da vida privada, cabendo ao indivíduo a titularidade sobre o que torna, ou não, público. Há

⁵⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria geral do direito civil... cit., p. 65.

⁵⁵ No Código Civil, a proteção à intimidade da vida privada se dá pelo nome de reserva *sobre* a intimidade da vida privada. Já no Código do Trabalho, o preceito em questão é nomeado reserva *da* intimidade da vida privada, cuja terminologia será adotada doravante.

⁵⁶ DRAY, Guilherme Machado. Direito de Personalidade... cit., p. 52-53

⁵⁷ ABRANTES, José João, Direitos Fundamentais... cit., p. 23-24.

⁵⁸ De maneira similar ao direito à imagem, aqui, parece-nos mais crível que o critério de distinção entre o lícito e o ilícito quanto a intimidade da vida privada de terceiros seja realmente o consentimento, sobretudo por força da já tratada possibilidade de limitação voluntária aos direitos de personalidade, prevista no artigo 81.º do Código Civil.

⁵⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil... cit., p. 212.

hipóteses, entretanto, que a reserva da intimidade da vida privada não pode ser tomada em absoluto. É o caso das figuras públicas, que, em razão da natureza seu cargo ou profissão, tem parcial necessidade de exposição de aspectos sobre sua vida pessoal, o que também não implica que tais pessoas não possam estabelecer limites a essa publicidade⁶⁰.

O apelo à proteção da privacidade, como direito, remonta ao ensaio dos advogados norte-americanos, Warren e Brandeis, intitulado “*The Right to Privacy*”⁶¹. Posteriormente, em 1905, a Suprema Corte da Geórgia, nos Estados Unidos, inovou ao considerar indenizável a utilização indevida da imagem de um indivíduo em uma campanha publicitária, criando o precedente da proteção à privacidade, que viria a ser adotado jurisprudencialmente em todos os Estados Unidos, seguido da Europa Ocidental⁶².

No direito português, a reserva da intimidade da vida privada, como reconhecimento do direito à privacidade, deu origem à redação do artigo 80.º do Código Civil, que estatui, como regra geral, que todos devam guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem. Por “vida privada”, entende-se aquela cujos limites extrapolam o que é público, abarcadas nesse conceito, dentre outros, as esferas doméstica, familiar e profissional, as preferências, opiniões e práticas pessoais, políticas, religiosas, afetivas e sexuais, os sentimentos, as experiências e o estado de saúde do indivíduo⁶³.

A doutrina, inspirada na teoria das três esferas (“*Sphärentheorie*”) de Hubmann, tradicionalmente estrutura a vida em três círculos concêntricos:

- o primeiro deles compreende a esfera íntima (“*Intimsphäre*”), na qual estão inseridas a vida familiar, a saúde, os comportamentos sexuais, as convicções políticas e religiosas. Os aspectos da esfera íntima correspondem ao “núcleo duro” do direito, na medida em que devem permanecer inacessíveis a terceiros e protegidos de qualquer forma de violação;

⁶⁰ DRAY, Guilherme Machado. Direito de Personalidade... *cit.*, p. 52-53

⁶¹ Acerca do surgimento da privacidade como direito, no contexto da publicação de Warren e Brandeis, de 1890, conferir o item 2.1.

⁶² DRAY, Guilherme Machado. Direito de Personalidade... *cit.*, p. 53-54

⁶³ DRAY, Guilherme Machado. Direito de Personalidade... *cit.*, p. 52-53

- o segundo é a esfera privada (“*Privatsphäre*”), que diz respeito a aspectos que, de forma subjetiva, o titular tenha interesse de manter privados, compreendidos entre eles a vida profissional, os hábitos, o domicílio, dentre outros;
- por fim, o terceiro dos círculos é a esfera pública (ou social). A esta esfera correspondem fatos ou situações que, em virtude de terem sido desenvolvidos publicamente, ou em decorrência de sua natureza, não justificam serem tornados privados. É o caso, por exemplo, do político que se pronuncia em público, ainda que seu discurso revele aspectos de sua intimidade⁶⁴

A jurisprudência, por sua vez, encara o direito à reserva da vida privada sob duas perspectivas. A primeira delas se refere ao direito de impedir que terceiros tenham acesso a informações sobre a vida privada de outrem e a segunda relativa ao direito de impedir que um terceiro nada divulgue acerca da vida privada de outrem⁶⁵.

No âmbito laboral, esse direito é tutelado de forma autônoma, e integra o conjunto de normas destinadas à proteção dos direitos de personalidade do trabalhador. A proteção à intimidade da vida privada do trabalhador tem fundamento, em princípio, na separação entre a vida privada e a relação laboral, e parte do pressuposto geral de que ao empregador é vedada a intromissão na vida privada do trabalhador, salvo se houver uma ligação direta entre esta e a relação laboral, e mediante o cumprimento dos princípios de legitimidade de interesse e proporcionalidade, tratados anteriormente. Com efeito, os fatos relacionados à vida privada do trabalhador, em princípio, não podem dar origem ou fundamentar um tratamento diferenciado ao trabalhador nem tampouco podem dar causa a uma

⁶⁴ DRAY, Guilherme Machado. *Justa Causa e Esfera Privada* in: Estudos do Instituto de Direito do Trabalho - v. II, Coord. Pedro Romano Martinez. Coimbra: Almedina, 2003 p. 48-49; HOGEMANN, Edna Raquel. *O direito geral de personalidade...* cit., p. 242; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, I (Parte Geral)*, tomo 3, Coimbra: Almedina, 2004, p. 247-249; ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais...* cit., p. 22-23.

⁶⁵ Cfr. Ac. n.º SJ200402260038987 do STJ, de 26 de Fevereiro e Ac. no Proc. 67/10.3TVPRT.L1-1 da Relação de Lisboa, de 06 de Março de 2012, disponíveis em www.dgsi.pt

sanção disciplinar, incluindo-se aí o despedimento por justa causa, conforme será tratado adiante⁶⁶.

2.5. A privacidade e os dados pessoais

2.5.1. O reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito

Na sequência da Segunda Guerra Mundial, em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamava, em Paris, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que abordou pela primeira vez aspectos relacionados à proteção da privacidade. O artigo 12.º da Declaração previa o direito à proteção legal contra intromissões arbitrárias na privacidade, na casa, na família ou na correspondência, bem assim contra violações à honra e à reputação⁶⁷. No ano seguinte, foi criado o Conselho da Europa, já nascido com a incumbência da proteção dos Direitos Humanos. O movimento deu origem à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, inspirado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo artigo 8.º se destinava à proteção da vida privada e familiar contra intromissões indesejadas⁶⁸.

A convenção foi um primeiro passo dado rumo aos debates acerca do direito à privacidade na Europa Ocidental. Em 1981, o Conselho da Europa publicou a Convenção para a Proteção das Pessoas Relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal, cujo objetivo era assegurar o respeito às liberdades individuais e, em especial, o direito à privacidade. Segundo a Convenção, por dados pessoais entende-se qualquer dado relativo a um indivíduo identificado ou identificável. Neste sentido, determinava a proibição ao

⁶⁶ ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais...* cit., p. 24.

⁶⁷ United Nations. *Universal Declaration of Human Rights* (1948). Disponível em www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html, acesso em: 24 maio 2018

⁶⁸ Council of Europe. *Convention de Sauvegarde Des Droits de L'home et des Libertés Fondamentales et Protocole Additionel* (1950). Trad. Disponível em www.echr.coe.int/Documents/Collection_Convention_1950_ENG.pdf, acesso em 7 abr. 2018

processamento automático de dados que revelem a origem racial, as opiniões e crenças políticas e religiosas, a vida ou saúde sexual, e dados relacionados às condenações criminosas⁶⁹. Seguiu-se à esta convenção a Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu, que estabelecia um nível uniforme e elevado de proteção de dados, a fim de tornar possível a livre circulação e o fluxo de capitais, de pessoas e de mercadorias no território comunitário europeu.

Após duas décadas de debates, entra em vigor o Regulamento (UE) 2016/679 – Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, em vigor a partir de 25 de maio de 2018, que tinha, como premissa básica, que a proteção de dados das pessoas singulares é direito fundamental. O regulamento institui um conjunto unitário de regras sobre o tratamento e a circulação de dados pessoais de cidadãos europeus para todas as empresas ativas na UE.

Em Portugal, o modelo da proteção de dados teve início com a inclusão do direito à proteção ao tratamento informático de dados pessoais no artigo 35.º da Constituição da República como direito fundamental, que deu origem à Lei 10/91 de 29 de Abril, sobre a proteção de dados. Em 1994, entrou em funcionamento a Comissão Nacional de Proteção de Dados “*com a atribuição genérica de controlar o processamento automatizado de dados pessoais, em rigoroso respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades e garantias consagradas na Constituição e na lei*” (artigo 4.º/1 da Lei 10/91, de 29 de Abril). Após a publicação da Diretiva 95/46/CE, a proteção ao tratamento e ao uso dos dados pessoais foi alvo de diversas inovações legislativas em Portugal (Lei 67/98 de 26 de Outubro, Lei 69/98 de 28 de Outubro, Lei 67/98 de 26 de Outubro, Lei 41/2004, de 18 de Agosto), bem assim, no âmbito comunitário, as Diretivas 97/66/CE – Diretiva das Telecomunicações e 2002/58/CE – Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrônicas⁷⁰.

⁶⁹ Council of Europe. *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data* (1981). Disponível em www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078b37. Acesso em 24 maio 2018

⁷⁰ Comissão Nacional de Protecção de Dados. *História da CNPD*. Disponível em www.cnpd.pt/bin/cnpd/historia.htm, acesso em: 24 maio 2018

2.5.2. Dados pessoais sensíveis

Criada com o intuito de se tornar um regulamento unitário, com vistas à proteção dos dados pessoais dos cidadãos, nomeadamente em relação ao recolhimento, tratamento e armazenamento desses dados, o Regulamento Geral de Proteção de Dados buscou identificar o que se entende por dados pessoais e dados pessoais de carácter sensível. A definição não é nova, uma vez que tinha previsão na antiga Diretiva 95/46/CE⁷¹ do Parlamento Europeu e do Conselho, transposta para a legislação portuguesa através da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.

A referida Lei considera como dados pessoais aqueles, de qualquer natureza, independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, que se relacionem a uma pessoa singular, identificada ou identificável. Para tanto, reputa-se como identificável, designadamente por um número de identificação ou um ou mais elementos específicos, a pessoa em relação à sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social (artigo 3.º, a)). Desta categoria, separam-se os dados pessoais de carácter sensível, assim considerados aqueles referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem assim os relacionados à saúde, à vida sexual, e os dados genéticos (artigo 7.º, n.º 1).

A especial proteção conferida aos dados pessoais de carácter sensível é justificada, sobretudo, em razão do risco de sua potencial utilização indevida, de forma a causar lesão aos direitos fundamentais e de personalidade dos indivíduos, notadamente em relação ao princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP), liberdade e segurança (artigo 27.º, n.º 1 da CRP), integridade física e moral (artigo 25.º, n.º 1 da CRP).

No âmbito laboral, em virtude da estreita relação a ser estabelecida entre empregador e empregado, quando da contratação, e do fato de que o contrato de

⁷¹ CALVÃO, Filipa. O modelo de supervisão de tratamentos de dados pessoais na União Europeia: Da atual diretiva ao futuro regulamento. Fórum de Proteção de Dados. ISSN 2183-7066. n.º 1 (2015), p. 37

trabalho é revestido de pessoalidade, pode-se dizer que o candidato e o trabalhador se autolimitam no âmbito de seus direitos de personalidade⁷². Assim, é corroborado o apelo de proteção que tem o Código do Trabalho quanto à tentativa de preservação desses direitos, sobretudo em relação ao tratamento de dados pessoais e dados biométricos. Neste sentido, o Código veda ao empregador que exija do trabalhador ou do candidato informações relativas à sua vida privada e à sua saúde, salvo se estritamente necessário à avaliação da aptidão para ao exercício da função e mediante justificativa por escrito (artigo 17.º, n.º 1 e 2). Em ambos os casos, tendo sido fornecidos esses dados, goza o trabalhador de controle sobre as respectivas informações, podendo delas tomar conhecimento, solicitar retificação e atualização (artigo 17.º, n.º 3).

O Código é silente, entretanto, acerca da possibilidade de se requerer o apagamento ou a destruição desses dados, o que nos parece possível, uma vez que a Lei é expressa em conceder o controle desses dados a seu titular. Em linhas gerais, a possibilidade de requerer o apagamento e a limitação do tratamento de dados pessoais é concedida ao titular dos dados no RGPD (considerandos 59, 66, 68 e artigo 13.º, n.º 2), o que somente corrobora esta hipótese. Isto porque, ressalvada expressa necessidade, a conservação de dados pessoais de terceiros por tempo indeterminado e sem possibilidades de se requerer o apagamento, ainda que com expressa restrição legal no que diz respeito ao tratamento destes, amplia proporcionalmente os riscos de violação aos direitos fundamentais e de personalidade do indivíduo através da exposição e do uso indevido destas informações. São disto exemplos os dados biométricos, fotografias, os números de telefone, o endereço, números de identificação fiscal e de segurança social, números de passaporte, a filiação, o histórico de doenças laborais, dentre outros.

2.6. A constitucionalização do direito do trabalho e a esfera privada do trabalhador

⁷² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho...* cit., p. 147

Não obstante sejam predominantemente afetas ao direito privado, as relações laborais guardam caracteres de proteção de ordem constitucional. O reconhecimento desta realidade é fruto, sobretudo, da valorização da figura do trabalhador, como sujeito digno de direitos, em detrimento do contrato de trabalho em si. A transição da manufatura para a maquinofatura, provocada pela Revolução Industrial, e o próprio ambiente fabril, mudaram profundamente a relação do homem com o trabalho, e fomentaram, inclusive, o crescimento das cidades.

O avanço da industrialização e o desenvolvimento das técnicas produtivas, entretanto, favoreceram a concentração econômica, que se opunha ao mote liberalista da liberdade concorrencial, garantindo o controle dos meios de produção a uma parcela pequena da sociedade. Em decorrência disto, surgiram novas estruturas sociais, que também deram origem a formação de grupos com interesses distintos⁷³. Nesse contexto, a precariedade do ambiente laboral, as exaustivas jornadas de trabalho e a quase inexistência de direitos repercutiram na eclosão de movimentos sociais no fim do século XIX, sendo notável a publicação do Manifesto Comunista, de Marx e Engels, que se opunha ao modelo de liberalismo vigente.

Não obstante as Constituições Francesas de 1791 e 1848 já tratassem do direito ao trabalho, foi a Constituição Política do México de 1917 que inovou ao dispor mais especificamente sobre o trabalho⁷⁴. Elaborada no contexto do fim da Primeira Guerra Mundial, a Constituição de Querétaro foi a primeira a dispor detalhadamente sobre a duração da jornada de trabalho, o trabalho noturno, a idade mínima para o trabalho, os dias de descanso, o trabalho da mulher, o salário mínimo e a proibição à distinção salarial em razão do sexo ou nacionalidade, o direito de habitação e infraestrutura para os trabalhadores, dentre outros. À época, o reconhecimento da fundamentalidade da norma constitucional, sob influência de Hans Kelsen, e o alargamento da matéria constitucional para que tratasse dos temas da sociedade civil, contribuíram para o fomento desse tipo de iniciativa. Posteriormente, em

⁷³ ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais... cit.*, p. 12.

⁷⁴ Ver art. 123 da Constituição Mexicana de 1917. México. *Constitucion Politica De Los Estados Unidos Mexicanos* (1917). Disponível em <http://www.ordenjuridico.gob.mx>, acesso em 22 mar. 2018

1919, a Constituição de Weimar marcava a aproximação entre a esfera privada e o Estado, elevando os direitos do trabalhador, pela primeira vez, ao patamar dos direitos fundamentais⁷⁵.

O Estado passa a ser utilizado como instrumento de promoção e garantia dos direitos fundamentais e dos direitos do indivíduo, incluindo-se aí o direito dos trabalhadores – em nítida contraposição à máxima não intervencionista do liberalismo. A partir de então, surge o Estado Social de Direito, que marca a passagem da *“autonomia pessoal do indivíduo face ao poder do Estado”* para o constitucionalismo social, marcado pelo *“intervencionismo estadual com fins de solidariedade e justiça social”*⁷⁶. Passou-se a reconhecer, também, a hipossuficiência do trabalhador frente ao empregado, como contraente mais débil da relação, o que viria a ser um dos pilares fundamentais do protecionismo no direito do trabalho⁷⁷.

Estra transformação ocorre em meio à busca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, em reconhecimento ao fato de que a simples previsão destes direitos na Constituição não é bastante. Assim, ocorreu a consagração de direitos fundamentais especificamente laborais. Em Portugal, a eficácia direta desses preceitos foi marcada pela Constituição de 1976, através da menção ao fato de que *“Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”* no artigo 18.º, n.º 1 da CRP⁷⁸.

Segundo JOSÉ JOÃO ABRANTES⁷⁹, a relevância dos direitos fundamentais nas relações laborais representa uma nova concepção, marcada por princípios comunitário-pessoais voltados à promoção da qualidade de vida e na realização pessoal do trabalhador.

⁷⁵ ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais... cit.*, p. 11

⁷⁶ ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais... cit.*, p. 12-13

⁷⁷ ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais... cit.*, p.12-14

⁷⁸ ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana no Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 15-16

⁷⁹ ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais... cit.*, p. 17-18

A constitucionalização do Direito do Trabalho tampouco é um fenômeno completo e terminado. Em um primeiro momento, a constitucionalização do direito do trabalho foi marcada pela inclusão de direitos fundamentais destinados especificamente à tutela laboral e suas peculiaridades, à exemplo da liberdade de associação sindical e o direito de greve. Atualmente, observamos a consagração de direitos fundamentais não especificamente laborais no âmbito do trabalho, cujo fenômeno a doutrina denomina “cidadania na empresa”⁸⁰.

A questão que se coloca, entretanto, é a da colisão de direitos. Embora se persiga a realização dos direitos fundamentais e de personalidade dos trabalhadores, também estão em causa os interesses do empregador, aos quais subscreveu o trabalhador através do contrato de trabalho, que assim o obriga ao cumprimento das obrigações pactuadas. Neste sentido, embora seja amplamente reconhecida a eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores, na generalidade dos ordenamentos europeus, é reconhecida a possibilidade de limitação destes direitos mediante o atendimento simultâneo a critérios de legitimidade de interesses, na medida em que deve haver concordância entre a autonomia contratual e a liberdade civil do trabalhador, e de proporcionalidade. A proporcionalidade, entretanto, não deve ser encarada sob uma dimensão única. Assim, revela a necessidade de salvaguarda da prestação laboral e da adequação entre o objetivo perseguido e a limitação imposta, bem assim a proibição aos excessos, porquanto a limitação deve atender apenas a que se propõe⁸¹.

Mais precisamente, a colisão de direitos em questão quase sempre remete à verificação dos limites da subordinação jurídica. O balizamento destes direitos, a par da solução de conflitos, recorre à lei, uma vez que a legislação laboral estabelece algumas hipóteses e soluções previamente determinadas, ou à interpretação do caso concreto, com recurso, por exemplo, à análise da boa-fé objetiva⁸².

Diversas décadas depois, a realidade do contrato de trabalho ganha novas figuras e sujeitos. Neste novo contexto, a necessidade de proteção do trabalhador,

⁸⁰ MOREIRA, Teresa Coelho. *Direitos de Personalidade...* cit., p. 65-68.

⁸¹ ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais...* cit., p. 17-19.

⁸² ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais...* cit., p. 19-22.

como resultado da presunção de sua hipossuficiência, passa a poder ser relativizada. A mão de obra intelectual e altamente especializada cresceu em termos de relevância no mercado ladeada das modalidades tradicionais de trabalho. Disto resulta a necessidade de adequação das fórmulas antigas de proteção ao trabalhador, outrora fundadas no princípio civilista do contraente mais débil, à nova conjectura, em atenção ao fato de que nem todo trabalhador é hipossuficiente e, portanto, carente de uma proteção laboral rígida.

Neste cenário, a especialização cada vez mais intensa da mão de obra e sua intelectualização, por vezes, exigem a flexibilização da jornada e dos locais de trabalho, investimentos constantes em formação e atualização da mão de obra e uma maior autonomia por parte do trabalhador. Em resposta, outras legislações⁸³ criaram, em maior ou menor grau, modalidades alternativas ao contrato de trabalho subordinado típico, ou flexibilizaram as regras aplicáveis a este contrato. O caso português se valeu de ambas as estratégias. Seguiu-se a isto uma flexibilização interna, consistente no abrandamento das garantias e da rigidez dos regimes preexistentes (i.e. a criação de novas formas de despedimento⁸⁴, a maleabilidade do regime do tempo de trabalho⁸⁵, etc.), e uma flexibilização externa, relacionada propriamente à criação de novas modalidades de contrato de trabalho, sobretudo no Código do Trabalho de 2009, que deu lugar à uma seção dedicada aos contratos de trabalho especiais (i.e., contrato a termo resolutivo, contrato a tempo parcial, contrato de trabalho intermitente, contrato de teletrabalho, dentre outros)⁸⁶.

⁸³ É o caso da legislação brasileira, reformada recentemente pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, e que passa a reconhecer a existência de uma categoria de trabalhadores presumidamente capazes de negociar as cláusulas do contrato de trabalho e da maior autonomia do objeto fruto de negociação coletiva sindical.

⁸⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho: Parte II - Situações Laborais Individuais*. 5 ed., Coimbra: Almedina, 2014, p. 1069

⁸⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 532

⁸⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 254-256

3. A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE DO CANDIDATO A EMPREGO NA FORMAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

3.1. O Direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho: o princípio da igualdade e o dever de não discriminação

Recentemente, notícias publicadas em veículos de comunicação norte-americanos e britânicos deram conta de uma realidade crescente nos Estados Unidos: o uso de informações de redes sociais de candidatos no processo de seleção a emprego⁸⁷. Apesar de questionável a ética envolvida neste processo, outra realidade é denunciada: a dos candidatos que são convidados a introduzir ou fornecer suas credenciais de acesso a redes sociais de modo a permitir que os recrutadores, durante o processo seletivo, acessem às informações ali armazenadas (i.e., textos e conteúdo audiovisual publicado, mensagens trocadas, causas de apoio e interesses, o quantitativo de contatos, dentre outros).

São noticiados alguns casos europeus, inclusive em Portugal, de rejeição de candidaturas e despedimento por motivos relacionados a redes sociais. A gravidade desta situação já reflete na elaboração de leis com específica finalidade de combater estas práticas, como na Alemanha e nos Estados Unidos. O estado norte-americano de Maryland, é noticiado como o primeiro a aprovar uma lei relativa à proibição da exigência de nomes de usuário e palavras-passe dos candidatos pelos empregadores⁸⁸.

Ainda que sejam ausentes dados estatísticos a esse respeito, nos Estados Unidos ou em outras partes do mundo, a hipótese levantada nos importa ao

⁸⁷ Neste sentido: ROBERTSON, Adi. *As social media grows, job seekers are asked to give up Facebook passwords*. Disponível em www.theverge.com/2012/3/20/2887272/employers-ask-applicants-to-give-up-facebook-social-media-passwords, acesso em: 7 mar. 2018; QUAST, Lisa. *Social Media, Passwords, and the Hiring Process: Privacy and Other Legal Rights*. Disponível em www.forbes.com/sites/lisaquast/2012/05/28/social-media-passwords-and-the-hiring-process-privacy-and-other-legal-rights/#10c72d966e6a, acesso em 7 jun. 2018; Companies asking for Facebook passwords for future employees. Disponível em: www.telegraph.co.uk/technology/facebook/9155368/Companies-asking-for-Facebook-passwords-for-future-employees.html, acesso em 7 jun. 2018.

⁸⁸ ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais...* cit., p. 32.

questionamento dos limites existentes no processo de formação do contrato de trabalho acerca da vida privada e da intimidade do candidato a emprego.

Como já referimos, a ideia da proteção da vida privada e da intimidade na formação do contrato está ligada à potencial discriminação que se sujeitam os candidatos a emprego. A proteção visa coibir distinções baseadas em critérios de preferências políticas e crenças religiosas, do sexo e da orientação sexual, da situação familiar, das origens étnicas e raciais, dentre outros. A tutela em questão tem origem nos princípios e garantias constitucionais da igualdade e da não discriminação, consagrados genericamente no artigo 13.º da CRP (da igualdade de oportunidades de escolha e acesso ao emprego, cargos, trabalhos e categorias profissionais), no artigo 58.º b) e 59.º n.º 1 da CRP⁸⁹.

Neste sentido, a Declaração de Filadélfia de 1944 - Declaração Relativa aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho, preconizava, dentre outros aspectos, a igualdade de oportunidades dentre todos os seres humanos, independentemente de raça, crença ou sexo, no domínio educativo e profissional⁹⁰.

Nos anos seguintes, a Organização Internacional do Trabalho publicou duas convenções com vistas à promoção da igualdade e da não distinção no trabalho. A Convenção n.º 100, de 1951, dispunha especificamente sobre a necessidade da criação de políticas de igualdade de remuneração entre homens e mulheres pelo trabalho realizado de igual valor⁹¹. Já a Convenção n.º 111, de 1958, considerava como discriminatória qualquer distinção, exclusão ou preferência entre pessoas com base em critérios de raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem, porquanto têm potencial efeito lesivo aos princípios de igualdade de oportunidades e tratamento no trabalho⁹².

⁸⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit.,374

⁹⁰ DGERT e Bureau Internacional do Trabalho. *Relatório VI - Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho: Do compromisso à ação*. Trad. CITE. Genebra: 2012. Disponível em www.cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs/Relat_VI_101a_Sessao.pdf, acesso em 26 set. 2018.

⁹¹ International Labour Organization. *Convention 100 - Equal Remuneration Convention* (1951). Disponível em www.ilo.org

⁹² International Labour Organization. *Convention 111 - Discrimination (Employment and Occupation)*, 1958. Disponível em www.ilo.org

Em Portugal, as Convenções n.º 100 e 111 foram ratificadas pelos DL 47302, de 4 de Novembro de 1966 e DL 42520, de 23 de Setembro de 1959, respectivamente. Em resposta, a Constituição de 1976 estendeu o princípio da igualdade e da não discriminação do artigo 13.º aos trabalhadores, garantindo direitos sem distinções baseadas em “idade, sexo, raça, nacionalidade, religião ou ideologia” (artigo 59.º, n.º 1 da CRP). Houve também a concretização, no patamar constitucional, da garantia da igualdade de retribuição pelo trabalho realizado de igual quantidade, natureza e qualidade, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas.

No âmbito comunitário, a matéria da igualdade e da não discriminação no trabalho também foi discutida. São exemplos⁹³:

- a Diretiva do Conselho 75/117/CEE, relativa à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores homens e mulheres;
- a Diretiva 76/207/CEE, de Outubro de 1976, relativamente à igualdade de tratamento entre homens e mulheres, substituída pela Diretiva 2002/73/CE, de Setembro de 2002 e posteriormente pela Diretiva 2006/54/CE, de Julho de 2006;
- a Diretiva 97/80/CE, relativa ao ônus da prova no caso de discriminação baseada no sexo, dentre outras;
- a Diretiva 2000/78/CE, de Novembro de 2000, sobre a não discriminação, em geral, no trabalho e no emprego.

Especificamente em relação à mulher, o Conselho abordou, também, a proteção dos direitos das trabalhadoras gestantes, puérperas e lactantes. Neste aspecto, a Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, atualmente em vigência, determina como discriminatório qualquer tratamento desfavorável da mulher em condição de gravidez ou licença de maternidade no âmbito do trabalho, cuja proteção abrange a vigência do contrato de trabalho e sua formação. Esta Diretiva substitui e faz remissão à Dir. 92/85/CEE, de 19 de Outubro de 1992,

⁹³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 169.

também em vigor, que trata da garantia de manutenção do contrato de trabalho das trabalhadoras, do início da gravidez ao termo da licença de maternidade, através da proibição do despedimento.

No que concerne o acesso ao emprego, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia também atua na promoção da igualdade entre homens e mulheres no ambiente laboral, e dispõe sobre a igualdade de remuneração e a integração de pessoas excluídas. O Tratado também institui regras que objetivam a garantia da neutralidade através da não discriminação em razão de sexo, raça, origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, bem assim como uma explícita proibição à discriminação em razão da nacionalidade entre os trabalhadores dos Estados-membros⁹⁴.

Já em Portugal, a matéria da igualdade de gênero foi tratada nos seguintes diplomas⁹⁵:

- DL n.º 392/79 de 20 de Setembro, com vistas ao estabelecimento de um regime jurídico que promova a garantia às mulheres a igualdade de tratamento e oportunidades no trabalho e no emprego em relação aos homens, fundado, principalmente, no artigo 13.º da CRP;
- DL n.º 426/88, de 18 de Novembro, destinado também à estabelecer um regime de promoção da igualdade de oportunidades e tratamento às mulheres em relação aos homens, trabalhadores da Administração Pública, também embasada no artigo 13.º da CRP;
- Lei n.º 105/97, de 18 de Novembro, que garante o direito à igualdade de tratamento no trabalho e no emprego, no âmbito das entidades públicas e privadas, e que visa à realização de práticas de tratamento que prejudiquem trabalhadores de um determinado sexo e reafirma a legitimidade das associações sindicais na tomada de medidas judiciais para a repressão dessas práticas.

Com a entrada em vigor do Código do Trabalho, de 2003, foram revogados os Decretos-Lei n. 392/79 e 426/88. Este último, relativamente à igualdade de

⁹⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit., p.170.*

⁹⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit., p.170.*

oportunidades e tratamento dos trabalhadores na Administração Pública, foi revogado tacitamente, porquanto a matéria passou a ser tratada em específico pelo Código do Trabalho e, posteriormente, pela Regulamentação do Código do Trabalho, de 2004. Atualmente, a matéria é tratada na Lei do Geral do Trabalho em Funções Públicas, Lei n. 35/2014, de 20 de Junho. As matérias atinentes à não discriminação também passaram a ser remetidas ao Código do Trabalho de 2003, que transpôs diversas diretivas relativamente a igualdade e não discriminação⁹⁶.

O Código do Trabalho de 2003 e a RCT também deram início à consagração de direitos fundamentais e de personalidade especificamente adaptados à realidade laboral, com vistas à proteção do trabalhador na etapa de formação ou execução do contrato de trabalho, sem a necessidade da intermediação e transposição de princípios próprios de Direito Civil e de preceitos constitucionais. O princípio fundante desse movimento é, decerto, o princípio da proteção do trabalhador, de cujo qual decorrem os princípios da igualdade e o dever de não discriminação em comento⁹⁷.

Pela primeira vez, o direito à reserva da intimidade da vida privada passa a ser tratado especificamente pela legislação laboral, bem como os direitos à liberdade de expressão e de opinião no local de trabalho, o direito à proteção de dados pessoais, a proteção em relação à exigência e a realização de exames e testes médicos, a restrição à utilização dos meios de vigilância à distância e ao tratamento de dados biométricos, a reserva da confidencialidade de mensagens e o dever de informação⁹⁸.

Importa notar, também, que o Código estende a proteção conferida ao trabalhador, na vigência do contrato de trabalho, ao candidato a emprego,

⁹⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 170-171

⁹⁷ DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da Proteção do Trabalhador... cit.*, p. 179

⁹⁸ DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da Proteção do Trabalhador... cit.*, p. 179; MRP, RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais em Matéria Laboral in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol II - Direito Constitucional e Justiça Constitucional*, Coimbra: Coimbra Ed., 2012, p. 619

mencionando-os expressamente em diversos pontos (artigos 17.º, 19.º, 22.º, 24.º, 26.º, 27.º do CT de 2003 e 40.º do RCT).

O Código do Trabalho atual incorpora as regras da RCT no que diz respeito à igualdade de oportunidades e de tratamento no acesso ao emprego e à não discriminação em geral, além de inaugurar, em seção autónoma, a proteção contra o assédio no trabalho⁹⁹.

Em linhas gerais, o princípio da não discriminação se pauta pela qualificação, como discriminatória, de qualquer conduta que estabeleça o tratamento diferenciado de um candidato a emprego ou trabalhador com base em critérios de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência física ou psicológica, doença crónica, nacionalidade, raça ou origem étnica, religião, convicções políticas ou religiosas, filiação sindical, território de origem, língua, grau de instrução, situação económica, condição social, dentre outros. O rol é exemplificativo, como decorre expressamente do número 1 do artigo 24.º do Código do Trabalho.

Segundo a norma, a limitação negativa a tratamento diferenciado entre trabalhadores ou candidatos a emprego abrange condutas que privilegiem, beneficiem, privem de qualquer direito, conquanto fundadas em critérios de discriminação, a exemplo daqueles dispostos no número 1 do artigo 24.º mencionado¹⁰⁰.

É importante notar que a inserção da proteção contra o assédio no trabalho no Código do Trabalho tem também carácter de proteção à igualdade e não discriminação, na medida em que o assédio é considerado comportamento indesejado quando baseado em fator de discriminação, nos moldes do número 1 do artigo 24.º do Código do Trabalho. São disto exemplos o assédio discriminatório, o assédio sexual (cuja natureza se traduz numa discriminação em razão do gênero), e o assédio motivado por critérios de parentalidade¹⁰¹.

⁹⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 171-172

¹⁰⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 172-173; MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho... cit.*, p. 375-376

¹⁰¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 172-173

Em seção especialmente dedicada à igualdade e não discriminação, o Código do Trabalho estabelece o que se entende por discriminação, fazendo distinção entre discriminação direta e indireta (artigo 23.º n.º 1 do CT).

Por discriminação direta, entende-se a sujeição de uma pessoa a tratamento menos favorável do que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável, em razão de um fator de discriminação. Já a discriminação indireta ocorre sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja suscetível de colocar uma pessoa, por motivo de um fator de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outras, salvo se a disposição, critério ou prática for objetivamente justificado por um fim legítimo, cujos meios atendam a critérios de necessidade e adequação.

O Código também estabelece conceitos distintivos de trabalho igual e trabalho de valor igual para fins de delimitação de critérios de igualdade e não discriminação. O trabalho igual se pauta na semelhança objetivamente na natureza, qualidade e quantidade do trabalho prestado em relação ao mesmo empregador, ao passo que o trabalho de igual valor diz respeito à equivalência de funções desempenhadas em favor do mesmo empregador, e que atendam, por exemplo, à qualificação ou experiência exigida, às responsabilidades atribuídas, ao esforço físico e às condições em que o trabalho é efetuado.

3.2. A proteção da privacidade do candidato como fator de promoção da igualdade e não discriminação no acesso a emprego

Elencados os fatores de não discriminação e igualdade, cumpre-nos verificar a existência de um nexos de causalidade entre a violação da intimidade da vida privada do candidato a emprego e a violação do princípio da igualdade e do dever de não discriminação no acesso a emprego.

Conforme já mencionado, os dados pessoais e sensíveis da pessoa humana carregam inúmeros caracteres da personalidade e da intimidade de seu titular, a exemplo do nome, da idade, do sexo, da opção sexual, das práticas e crenças religiosas, das opções políticas, das concepções filosóficas, dos aspectos familiares e de parentalidade, dos dados sobre saúde, dentre outros. Com efeito, é possível que

a concretização da igualdade e do dever de não discriminação no acesso a emprego tenham como um dos meios a proteção à exigência, ao fornecimento e ao tratamento dos dados pessoais do candidato pelo empregador.

Como reflexo do direito fundamental da igualdade e não discriminação, no artigo 26.º, n.º 1 da CRP, o Código do Trabalho, embora não mencione especificamente a igualdade e não discriminação, estabelece uma proibição geral de condutas discriminatórias do empregador em relação ao empregado (art. 22.º, n.º 2 do CT), fundada em fatores de discriminação (art. 23.º, n.º 1 do CT)¹⁰².

Nas etapas preliminares à formação do contrato de trabalho, é de se esperar que as partes cedam reciprocamente informações relevantes à concretização do pacto, nomeadamente em relação a aspectos do trabalho a ser realizado, informações sobre a empresa e, por parte do candidato, dados pessoais que revelem as suas qualificações e competências¹⁰³.

Neste sentido, o Código do Trabalho consagra o conteúdo mínimo de informações que devem ser prestadas pelo empregador ao trabalhador (embora aparentemente extensíveis ao candidato) para a execução dos serviços, a exemplo de dados relativos à retribuição, ao local de trabalho e a descrição das funções. A disposição resulta do Dever de Informação, positivado nos artigos 106.º a 109.º do Código do Trabalho, anteriormente previsto na Lei n.º 5/94, de 11 de Janeiro, que transpunha a Diretiva n.º 91/533/CEE, de 14 de Outubro¹⁰⁴.

Não obstante as regras sobre o Dever de informação sejam predominantemente direcionadas ao dever de informação do empregador ao trabalhador, o número 2 do artigo 106.º trata sobre o dever que tem o trabalhador de informar sobre aspectos relevantes para prestação da atividade laboral. Em verdade, o fundamento deste preceito é justamente a irrelevância que têm os aspectos relativos à vida privada do candidato e do trabalhador, na formação e na execução do contrato de trabalho. A doutrina aponta que a imprecisão do termo “aspectos relevantes” é propositada,

¹⁰² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direitos de Personalidade...* cit., p. 635

¹⁰³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p. 157.

¹⁰⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p. 157-158

uma vez que representa a tentativa de estender o viés igualitarista¹⁰⁵ às partes em relação ao dever de informar¹⁰⁶.

A análise das disposições sobre o dever de informação do trabalhador e do candidato, especialmente durante a formação do contrato de trabalho, deve se coadunar com as limitações relativas à exigência de dados pessoais que revelem aspectos relativos às esferas íntima e privada do candidato, constantes no artigo 17.º do Código do Trabalho. Contudo, pode ser justificado o pedido de determinadas informações relativas à vida privada do trabalhador, nomeadamente para a proteção de regras de saúde e segurança do trabalhador ou de terceiros. Assim, pode ser importante saber se um candidato a motorista infringe leis de trânsito habitualmente, se uma candidata a operadora de radiografia está grávida ou se o candidato a mineiro é portador de doenças respiratórias¹⁰⁷.

No Código do Trabalho, o direito à reserva da intimidade da vida privada, no artigo 16.º reproduz a disposição contida no Código do Trabalho anterior e estabelece uma regra geral à proteção à reserva sobre a intimidade da vida privada. De tal maneira, o Código do Trabalho inicia por delinear um direito geral de reserva da intimidade da vida privada, à semelhança dos direitos de personalidade na esfera cível, embora com contornos especificamente laborais, nomeadamente em relação a aspectos da vida familiar, afetiva e sexual, o estado de saúde, as convicções políticas e religiosas. É importante observar que o preceito em causa estabelece o

¹⁰⁵ Palma Ramalho aponta a inconsistência material do Código do Trabalho em relação à tentativa de se estabelecer um regime de proteção igualitarista ao trabalhador e ao empregador. Não obstante se tenha certo o dever de proteção aos direitos de personalidade do empregador, é o trabalhador quem merece uma tutela acrescida quanto a este aspecto, porquanto a posição de subordinação que se encontra torna-o sensivelmente mais vulnerável à violação dos direitos de personalidade. Por conseguinte, a destinação integral ao trabalhador das normas sobre a proteção dos direitos de personalidade nos artigos subsequentes ao 16.º do Código do Trabalho, comprovam essa inconsistência. Cfr. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direitos de Personalidade...* cit., p. 628-629

¹⁰⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p. 158-159; RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direitos de Personalidade...* cit., p. 631

¹⁰⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p.161; ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais...* cit., p. 27.

dever de respeito recíproco aos direitos de personalidade da contraparte, o que revela uma perspectiva igualitarista.¹⁰⁸

Diferentemente do artigo 80.º do Código Civil, o Código do Trabalho acrescenta que o direito à reserva da intimidade da vida privada enquadra não só o acesso a elementos e aspectos relativos à intimidade da vida privada da pessoa, mas também a divulgação destas informações. Neste sentido, a doutrina estabelece que, mesmo nos casos em que uma das partes consinta em relação ao acesso a aspectos de sua vida privada, permanece o dever de não divulgação a terceiros destas informações¹⁰⁹.

Com base na regra geral da reserva da intimidade da vida privada, o Código do Trabalho desenvolve um quadro de limitações, a exemplo da proteção de dados pessoais, no artigo 17.º, do regime dos testes e exames médicos no artigo 19.º, da proibição de determinados meios de controle à distância no artigo 20.º, da confidencialidade do acesso a informação e mensagens de caráter pessoal, no artigo 22.º. Não obstante o legislador tenha sido claro em relação à necessidade de proteção dos direitos de personalidade de ambas as partes envolvidas no vínculo laboral, a parte mais suscetível a ter seus direitos violados é o trabalhador. Assim, a maioria destas regras não tem aplicação recíproca, já que se destinam à proteção dos direitos de personalidade do empregado.

A limitação em relação à exigência de dados pessoais, contudo, não é absoluta. Em linhas gerais, a exceção à esta regra tem lugar mediante o preenchimento cumulativo de dois requisitos, pautados pela proporcionalidade, necessidade e adequação. O primeiro deles diz respeito à necessidade de que tais informações sejam estritamente necessárias à avaliação da aptidão do candidato ou trabalhador no que diz respeito à prestação laboral, ao passo que o segundo diz que é necessário que o fundamento para tal exigência seja fornecido por escrito.

Em se tratando de dados relativos à saúde e ao estado de gravidez, o requisito da estrita necessidade parece-nos ter de se relacionar objetivamente a potenciais

¹⁰⁸ DRAY, Guilherme Machado. *Direito de Personalidade... cit.*, p. 73-74; DRAY, Guilherme in: MARTINEZ, Pedro Romano et. al. *Código do Trabalho Anotado... cit.*, p. 147.

¹⁰⁹ DRAY, *Direitos de Personalidade*, p. 74-75; MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho... cit.*, p. 147-148

danos que a atividade laboral possa vir a causar ao futuro trabalhador em decorrência de sua natureza. Trata-se de dados relativos à esfera íntima do candidato ou trabalhador. Nesta hipótese, os dados também não podem ser prestados diretamente ao empregador, mas ao médico, cuja análise técnica informará apenas sobre a aptidão ou não do candidato ou trabalhador para a realização da atividade. São disto exemplo os casos dos pilotos de avião, dos atletas e dos trabalhadores submetidos a condições insalubres, bem assim as atividades em que exista fundado receio de danos ao nascituro, caso esteja grávida a trabalhadora ou candidata¹¹⁰.

Na hipótese de não serem cumpridos os requisitos, considerar-se-ia legítima a recusa do empregado em relação às informações que lhe forem solicitadas e que se refiram a sua vida privada, seu estado de saúde ou gravidez. Trata-se de uma hipótese de desobediência lícita, à qual se aplicam as disposições da parte final da alínea e) do n.º 1 do artigo 128.º do Código do Trabalho¹¹¹.

O Código também garante o controle ao titular dos dados que eventualmente tenham sido prestados, consistente no direito a tomar conhecimento, exigir a sua retificação e a sua atualização. Novamente, questiona-se sobre a possibilidade de se requerer o apagamento ou a destruição desses dados, conquanto se verifique um dano ou potencial de dano oriundos da manutenção dessas informações pelo empregador, não haja impossibilidade de assim o fazer ou não exista a necessidade ou dever de as manter.

Ainda sobre a proteção aos direitos de personalidade do candidato, o código estabelece limitações à exigência de testes e exames médicos no artigo 19.º. O preceito em questão determina que o empregador não pode exigir a realização ou a apresentação de testes e exames médicos, de qualquer natureza, para fins de admissão ou permanência no emprego, como forma de preservação da esfera íntima do candidato ou trabalhador¹¹².

¹¹⁰ DRAY, Guilherme Machado. Direito de Personalidade... *cit.*, p. 79

¹¹¹ DRAY, Guilherme Machado. Direito de Personalidade... *cit.*, p. 78-79

¹¹² DRAY, Guilherme Machado. Direito de Personalidade... *cit.*, p. 83

Similarmente ao artigo 17.º, a limitação à exigência de testes e exames médicos encontra exceção nas hipóteses em que, justificadamente, tiverem por finalidade a proteção e a segurança do trabalhador ou de terceiros ou, ainda, quando houver particularidades inerentes à atividade que tornem necessária a realização destes, desde que fornecida a justificativa por escrito. Nestas hipóteses as informações também são prestadas a médico, que se limitará a atestar ou não a aptidão do candidato ou do trabalhador para a realização da atividade¹¹³.

Novamente, em matéria atinente ao estado de gravidez, o legislador conferiu proteção diferenciada à candidata e à trabalhadora grávida, uma vez que proíbe, sob qualquer circunstância, a exigência de testes e exames de gravidez à mulher. Considerando, entretanto, a exceção incluída na alínea b) do artigo 17.º, “*salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem*”, concluímos que a vedação à exigência ou a submissão a testes ou exames de gravidez diz respeito à exigência de exames ou testes de gravidez com fins em si mesmos, e que a possibilidade tratada no artigo 17.º se relaciona a testes cujo objetivo seja a aferição das condições de aptidão da candidata ou trabalhadora, nomeadamente em relação à sua saúde ou à saúde do nascituro. Com efeito, se estivermos diante de uma situação de emprego, por exemplo, em que a mulher se candidata ao posto de operadora de radiologia, por certo se justifica a exigência de exames de gravidez¹¹⁴.

Segundo GUILHERME DRAY, a maior proteção conferida aos dados relacionados à saúde se justifica pelo fato de que essas informações integram a esfera íntima do candidato ou trabalhador, ao passo que informações relacionadas à vida privada são próprias da esfera privada do trabalhador¹¹⁵.

Outro aspecto relevante a ser tratado em matéria de proteção da privacidade e da igualdade em relação ao candidato a emprego é o critério da origem, especialmente em relação a trabalhadores estrangeiros, ou apátridas. Segundo um

¹¹³ DRAY, Guilherme Machado. *Direito de Personalidade... cit.*, p. 83-84

¹¹⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 161-163

¹¹⁵ DRAY, Guilherme Machado. *Direito de Personalidade... cit.*, p. 80.

relatório divulgado pela OIT, estudos realizados apontaram que candidatos a emprego imigrantes têm de apresentar, em média, de três a cinco vezes mais candidaturas em relação aos outros para a obtenção de uma atividade profissional¹¹⁶.

Em relação a estes trabalhadores, o artigo 15.º da CRP estabelece um regime de igualdade entre os cidadãos portugueses e os estrangeiros e apátridas que residam em Portugal em relação a direitos e deveres¹¹⁷. Já o artigo 4.º do Código do Trabalho garante a igualdade de tratamento em relação aos trabalhadores portugueses, observada a legislação aplicável ao destacamento. O artigo menciona como requisito, também, a autorização para o exercício de atividade subordinada. Em regra, a autorização é exigida aos cidadãos que não sejam nacionais de um dos Estados membros da União Europeia, do Espaço Económico Europeu ou de Estado terceiro com o qual a Comunidade Europeia tenha celebrado um acordo de livre circulação de pessoas, conforme disposições contidas na Lei de Estrangeiros, n.º 23/2007, de 4 de Julho, alterada recentemente pelas Leis n.º 102/2017, de 28 de Agosto e 26/2018, de 5 de julho.

Relativamente à origem, figuram como aspectos de discriminação, vedados pelo n.º 1 do artigo 24.º do Código do Trabalho, a nacionalidade, a origem étnica, a raça, o território de origem e a língua. O património genético do candidato ou trabalhador também tem potencial relação com a origem, porquanto testes genéticos, disponíveis inclusive comercialmente¹¹⁸, possibilitam inferir com relativa precisão aspectos da ascendência de uma determinada pessoa. Mais ainda, a realização de testes possibilita ao empregador conhecer a predisposição a doenças¹¹⁹, cujo fato

¹¹⁶ L Simeone, P. Taran, A Gärtcher *apud DGERT e Bureau Internacional do Trabalho. Relatório VI - Princípios e Direitos... cit.*, p. 51

¹¹⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil...* cit., p. 181.

¹¹⁸ Por intermédio de testes caseiros de DNA, algumas empresas como a israelense MyHeritage e as norte-americanas Ancestry e Family Tree DNA, fornecem dados relativos à provável origem étnica a preços acessíveis, assim como também informam a predisposição ao desenvolvimento de doenças. O método passa pela aquisição de *kits* de para a coleta de material genético, a serem encaminhados via postal ao laboratório destas empresas e que posteriormente fornecem o resultado destas análises.

¹¹⁹ Segundo JOSÉ JOÃO ABRANTES (ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais... cit.*, p. 34-35), realização de testes e exames genéticos dificilmente se compatibiliza com o conteúdo do artigo 12.º

pode ser empregado com a finalidade de análise de rentabilidade e ponderação de riscos na seleção de candidatos¹²⁰.

Com efeito, a conjugação do artigo 4.º do Código do Trabalho, com os artigos 25.º e 17.º do Código do Trabalho parece-nos apontar para a necessidade de cumprimento dos requisitos da estrita necessidade e da justificação na forma escrita (art. 17.º, n.º 1 a)) quando da exigência de dados pessoais que revelem a nacionalidade, a origem étnica, a raça, o território de origem e a língua nativa do candidato.

Isto porque são dados relativos à vida privada do candidato ou trabalhador, e não tem relevância imediata para a prestação laboral. Soma-se a isto o fato de que a legislação preceitua a igualdade de tratamento aos estrangeiros e apátridas em relação aos cidadãos portugueses. Logo, em se tratando de candidato estrangeiro ou apátrida, verificar a existência de autorização para o exercício de atividade profissional subordinada seria critério de seleção suficientemente neutro para fins de formação e execução do contrato de trabalho.

3.3. Redes sociais do candidato

Ainda em matéria sobre a privacidade dos candidatos a emprego, releva mencionar o papel das redes sociais *online* no processo de recrutamento e seleção. A popularização do acesso à internet, da adoção de novas ferramentas de comunicação e da expansão do comércio eletrônico promoveram uma mudança social profunda, nomeadamente em relação ao consumo de produtos, conteúdo (i.e., notícias e entretenimento) e serviços, em relação à educação e à comunicação¹²¹.

da Convenção Europeia Sobre Direitos do Homem e Biomedicina, cuja qual estabelece a proibição à realização de testes preditivos de doenças genéticas ou que identifiquem se o indivíduo é portador de uma determinada doença em razão de uma condição genética, salvo para fins médicos e de investigação.

¹²⁰ABRANTES, José João, Direitos Fundamentais... cit., p. 35.

¹²¹ TERESA COELHO MOREIRA, To be or not to be. 628

Similarmente, os processos de recrutamento e seleção de candidatos a emprego passaram a se beneficiar das ferramentas trazidas com a internet e, principalmente, do número crescente de pessoas com acesso à rede. Isto implica que a internet não só tornou o processo de recrutamento mais fácil como também proporcionou maior alcance aos anúncios de vagas de emprego¹²².

São inúmeros os sites especialmente dedicados à realização da interface entre o empregador e o candidato a emprego, mediante a disponibilização de anúncios de vagas e da submissão de currículos profissionais. Adicionalmente, esses sites solicitam ao candidato o preenchimento de formulários com dados pessoais e profissionais, de maneira bastante estruturada, a fim de que possam ser tratados e inseridos em bancos de dados. Estas informações colocam à disposição da empresa uma maneira rápida e objetiva de realizar a triagem de candidaturas com base em critérios de idade, endereço, sexo, experiências profissionais anteriores, dentre outros, conforme lhes aprouver¹²³.

As redes sociais, noutro giro, foram sites criados originalmente com o enfoque na comunicação interpessoal e no entretenimento. A partir de então, algumas redes se dedicaram a fornecer espaço para a disseminação de conteúdo de texto e audiovisual, à troca de mensagens e à interação entre pessoas conhecidas e desconhecidas.

Com a adesão em massa a esse tipo de serviço, as redes sociais passaram a ser utilizadas, também por empresas. Em virtude da concentração de pessoas e do potencial de obtenção de dados de uso dos utilizadores, como preferências de navegação, interesses em determinadas marcas, e a definição de perfis¹²⁴, consistente na transformação desses dados em verdadeiras ferramentas de análise

¹²² TERESA COELHO MOREIRA, To be or not to be. 628-629

¹²³ MOREIRA, Teresa Coelho. To be or not to be, 628.

¹²⁴ O termo “definição de perfis” vem como tradução de *profiling*, adotado na versão em inglês do RGPD, no artigo 22.º. Trata-se da reunião de dados obtidos do uso nas redes com a finalidade de elaborar perfis comportamentais de uma determinada pessoa. A respeito da elaboração de perfis eletrônicos, conferir MOREIRA, Teresa Coelho. *To Be or not To Be Digital: O Controlo das Redes Sociais Online dos Candidatos no Processo de Recrutamento* in: Para Jorge Leite, Vol I: Escritos Jurídico Laborais, coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes, Regina Redinha, Coimbra: Coimbra Ed., 2014, p. 636; PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, *A protecção da Vida Privada e a Constituição* in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 76, 153, Coimbra: 2000, disponível em www.heinonline.com, p. 198.

de comportamento, as empresas passaram a apostar em publicidade direcionada e interação direta com o consumidor.

De outro modo, as empresas também passaram a se valer dos dados existentes nas redes sociais como ferramenta adicional para avaliação de candidatos, na medida em que o acesso a dados sensíveis normalmente revela aspectos que dificilmente seriam fornecidos no currículo ou, mais ainda, não poderiam serem exigidos pela empresa em virtude das limitações impostas na legislação. São disto exemplos o gênero, a etnia e a orientação sexual, cujos critérios têm potencial elevado de sujeição do candidato à discriminação¹²⁵.

A obtenção destes dados, pelo que importa o questionamento dos limites e dos riscos da utilização das informações colocadas nas redes sociais, passa por informações aparentemente inofensivas. Através de uma rápida pesquisa, as empresas podem inferir dados de privacidade desses candidatos pela simples análise de *likes* em páginas e perfis, causas de apoio, marcas de localização, fotografias e vídeos, inclusive de terceiros, nos quais aparecem o candidato. Com efeito, não só as informações prestadas intencionalmente pelo candidato, como o nome ou as fotografias que disponibiliza publicamente, podem ser utilizadas nesse processo como também as informações obtidas através de sua interação na internet servem à a criação de um perfil de comportamento, interesses e atividades a servirem de análise para a obtenção do emprego¹²⁶.

O crescimento das redes sociais também deu origem à segmentação destes serviços. Em linhas gerais, podemos classificá-las em dois grandes grupos: redes sociais pessoais e redes sociais profissionais, cuja delimitação pode ser relevante para fins de controle do empregador¹²⁷.

No início, voltadas à comunicação interpessoal, as redes sociais pessoais se limitavam aos *chats* e mensageiros instantâneos. Atualmente, para além de incorporar características de comunicação, adicionam ferramentas de compartilhamento de textos, conteúdo multimídia, têm ferramentas de interação

¹²⁵ MOREIRA, Teresa Coelho. *To Be or not To Be... cit.*, p. 627.

¹²⁶ MOREIRA, Teresa Coelho. *To Be or not To Be... cit.*, p. 627-628.

¹²⁷ MOREIRA, Teresa Coelho. *To Be or not To Be... cit.*, p. 630.

com marcas, empresas, produção e disseminação de conteúdo de entretenimento, dentre outros, voltados majoritariamente para a utilização pessoal. Alguns exemplos de redes sociais pessoais atualmente utilizadas são o *Facebook*, o *Instagram*, o *Twitter* e o *YouTube*.

Já a criação de redes sociais profissionais desenvolveu um espaço voltado especificamente para a divulgação do percurso profissional e acadêmico da pessoa, bem assim à troca de informações profissionais. Na perspectiva das empresas, as redes sociais profissionais se tornaram um espaço para divulgação de conteúdo relevante do ponto de vista profissional. Adicionalmente, essas redes incorporam funcionalidades herdadas dos sites de empregos, uma vez que oportunizam a divulgação de vagas de trabalho e a candidatura dos profissionais, já se valendo dos dados profissionais fornecidos pelos utilizadores em seus perfis como forma de filtragem. São exemplos de redes profissionais bastante utilizadas o *LinkedIn* e a *Xing*¹²⁸.

Disto resulta que, atualmente, as disparidades existentes entre o candidato e o empregador são mais acentuadas. Isto é, se anteriormente ao aparecimento da internet e das redes sociais, o candidato a emprego já se apresentava em condição de hipossuficiência (em razão da escassez de postos de trabalho e de debilidade econômica), atualmente, esse aspecto ganha maior relevo, na medida em que a oferta de informações, atualmente, sujeita o candidato a maiores concessões em relação ao seus direitos fundamentais e de personalidade, receoso de ser excluído dos processos de seleção. Razões pelas quais Teresa Coelho Moreira menciona uma “*fragilidade pré-contratual*” e afirma que é nesta fase, preliminar à formação do contrato de trabalho, que se podem ocorrer as maiores violações aos direitos dos trabalhadores, o que também justifica uma maior tutela contra as intromissões na vida privada do candidato¹²⁹.

Dados de um estudo canadense, neste campo, apontam para o fato de que 90% das pessoas que trabalham na seleção de candidatos a emprego se valem de pesquisas na internet para coletar informações adicionais sobre os candidatos. A

¹²⁸ MOREIRA, Teresa Coelho. *To Be or not To Be... cit.*, p. 631.

¹²⁹ MOREIRA, Teresa Coelho. *To Be or not To Be... cit.*, p. 632.

pesquisa revelou, ainda, que cerca de 46% destas pessoas admitiram que preteriram candidatos no processo de seleção baseados no resultado dessas pesquisas. Em Portugal, outro estudo indicou que empresas como o IKEA, Sonae, Optimus, dentre outras, lançam mão dessas pesquisas como etapas adicionais no processo de seleção¹³⁰.

O objetivo destas consultas é, justamente, a elaboração de um perfil do candidato para compará-lo às necessidades de contratação da empresa. Contudo, diante das informações obtidas, o descarte de determinados candidatos com base nessas informações se amolda com perfeição ao conceito de discriminação elaborado no artigo 23.º do Código do Trabalho, porquanto diversas destas informações se constituem fatores de discriminação.

Para TERESA MOREIRA COELHO, entretanto, a verificação da vida privada dos candidatos não é um fenômeno novo. Sempre houve esta possibilidade, embora o levantamento dessas informações fosse bastante dispendioso, ao ponto de ser destinado aos candidatos a cargos de confiança. A grande mudança proporcionada pela internet e pelas redes sociais reside na rapidez e na facilidade com que estas informações são obtidas, à inexistência de custos neste processo e à farta disponibilidade de informações fornecidas pelos próprios utilizadores, intencionalmente ou não. Como exemplo, a autora relata um caso ocorrido em Nova Iorque, em que uma candidata foi considerada uma “pobre aquisição para a organização” uma vez que relatava inúmeros casos amorosos em sua página do *Facebook*, ao mesmo tempo em que demonstrava sua opção por filmes violentos¹³¹.

Não obstante seja evidente que a obtenção destas informações na internet, sobretudo quando garimpadas das redes sociais pessoais, configuram uma intromissão na vida privada do candidato, é também necessário ponderar que tais informações estão disponíveis publicamente na rede.

Disto decorre que a busca por dados disponíveis publicamente na internet não configura qualquer violação aos direitos de personalidade do candidato. Tampouco

¹³⁰ Information and Privacy Commissioner of Ontario *apud* MOREIRA, Teresa Coelho. *To Be or not To Be... cit.*, p. 633 e RIBEIRO, Irene *apud* MOREIRA, Teresa Coelho. *To Be or not To Be... cit.*, p. 633.

¹³¹ MOREIRA, Teresa Coelho. *To Be or not To Be... cit.*, p. 634.

existe vedação a esse respeito na legislação vigente. Contudo, a conduta é questionável do ponto de vista moral, uma vez que o comportamento do candidato nas redes sociais, nomeadamente em relação ao que realiza no ambiente extra laboral, nem sempre corresponde às atitudes que teria como profissional. As informações ali contidas também não refletem a realidade com precisão porquanto é comum que estes espaços sejam utilizados para a conquista de uma personalidade distinta daquela observada na vida cotidiana. Logo, um candidato pode induzir, através das redes sociais, ostentar uma vida socialmente ativa e ter domínio em diversos idiomas quando, na realidade, não os tem, ou ainda, sendo tímido, aparentar ser extrovertido e comunicativo.

Assim, a busca de informações disponíveis na internet não é, por si só, capaz de causar uma violação aos direitos fundamentais e de personalidade do candidato, na medida em que as informações obtidas têm justamente caráter público. Isto é, em determinado momento, estas informações foram tornadas públicas voluntariamente ou foram exercidas em um ambiente capaz de tornar públicas determinadas interações que tenha o utilizador. Ao contrário, a ilegalidade reside no tratamento dado a esses dados, uma vez que eles têm potencial de serem utilizados com fins discriminatórios, nos exatos termos descritos no artigo 23.º do Código do Trabalho.

Por outro lado, a conduta do empregador que solicita ao candidato o franqueamento do acesso aos seus perfis nas redes sociais mediante o envio de “solicitações de amizade”, a inserção ou fornecimento de credenciais de acesso já não pode ser tida como aceitável. Nesta perspectiva, os dados que teria acesso o empregador não têm disponibilidade pública, ao mesmo tempo em que exigem a tomada de uma ação positiva do empregador na solicitação de uma forma de acesso aos mesmos. Assim, a conduta descrita possivelmente se traduz na exigência de informações relativas a vida privada do candidato, vedada na alínea a) do n.º 1 do artigo 17.º do Código do Trabalho.

Ainda considerando esta hipótese, tampouco é possível vislumbrar uma justificativa que sustente a necessidade do conhecimento destas informações pelo empregador no que diz respeito à avaliação das aptidões do candidato para a realização do labor. Questões como o número de contatos, os assuntos tratados em

mensagens particulares, os locais usualmente frequentados pelo candidato, seus gostos e preferências dificilmente têm relevo, objetivamente, para a contratação. Ao contrário, o preterimento de um candidato com base nesses dados seria passível de caracterizar discriminação, direta ou indireta, porquanto se faz baseado em fatores de discriminação¹³².

3.4. Brasil: demandas trabalhistas anteriores

Uma facilidade trazida com a informatização dos bancos de dados do Poder Judiciário, no Brasil, foi a possibilidade de consulta aos processos judiciais através da internet. Trata-se de uma projeção do princípio da publicidade dos atos processuais, consagrado na Constituição Federal da República Brasileira nos artigos 5.º, inciso LX e 93, inciso IX, segundo os quais os atos processuais devem ser públicos para a garantia da credibilidade das decisões judiciais.

Na esfera trabalhista, contudo, esta possibilidade deu origem a um inconveniente para candidatos e trabalhadores: o ajuizamento de ações trabalhistas passou a ser um fator de discriminação para a contratação e manutenção do vínculo laboral, incentivado pela facilidade de consulta aos processos através da internet.

Anteriormente, os trabalhadores já vinham sofrendo de um fenômeno que a prática denominou “lista-negra”, na qual os empregadores inscreviam o nome dos trabalhadores que anteriormente figuraram como autores em demandas trabalhistas com o objetivo de obstaculizar o acesso a novos postos de trabalho. Estas listas eram repassadas de forma sigilosa entre as empresas, muitas vezes intermediadas pelo sindicato da categoria econômica, cujos dados eram fornecidos pelos próprios empregadores, por consultas aos nomes nas pautas de audiências divulgadas no tribunal, e outros métodos¹³³.

¹³² MOREIRA, Teresa Coelho. *To Be or not To Be... cit.*, p. 637.

¹³³ MELO, Raimundo Simão de. *Discriminação, lista negra e direito de ação in: Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 68, n. 3, p. 229-232, jul./dez. 2002

A conduta encontra vedação no ordenamento brasileiro na medida em que viola os princípios constitucionais do direito de ação (art. 5.º, inciso XXXV da CFRB) e o art. 7.º, inciso XXX, que proíbe qualquer critério de admissão baseado em idade, sexo, cor, estado civil ou outra discriminação que não encontre respaldo constitucional¹³⁴.

Alternativamente a estas práticas, a consulta de processos nos sites dos próprios tribunais, por intermédio do nome e dos dados cadastrais dos candidatos e trabalhadores também se concretizou como prática frequente. Mais ainda, algumas empresas solicitavam ativamente aos candidatos que fornecessem certidões negativas de ações trabalhistas para comprovar a inexistência de litígio em relação aos antigos empregadores como requisito no processo de seleção¹³⁵.

Estas práticas levaram a diversas ações por parte do Ministério Público do Trabalho no Brasil no sentido de solicitar aos Tribunais Regionais do Trabalho que removesse os meios de consulta às informações processuais através do nome ou de dados cadastrais das partes nos sites eletrônicos. Neste aspecto, estariam em causa os princípios da publicidade dos atos processuais e da proteção da privacidade dos trabalhadores, prejudicados por essa forma de retaliação. O que se sustentava, entretanto, é que a remoção das ferramentas de pesquisa por intermédio do nome não violaria o princípio da publicidade dos atos processuais, mas apenas dificultaria a localização de demandas ajuizadas por uma pessoa em específico¹³⁶. Atualmente, a pesquisa por intermédio do nome do trabalhador ou de seus dados cadastrais já não é possível, sendo necessária a posse da numeração do processo.

Nesse ínterim, a indexação dos dados publicados pelos tribunais nos diários oficiais eletrônico, como intimações, sentenças e acórdãos, por alguns sites especializados tornou ainda mais fácil a descoberta da existência de demandas processuais anteriores do candidato ou trabalhador. Essas ferramentas de indexação foram criadas, originalmente, para oferecer uma alternativa ao

¹³⁴ MELO, Raimundo Simão de. *Discriminação, lista negra... cit.*

¹³⁵ MELO, Raimundo Simão de. *Discriminação, lista negra... cit.*

¹³⁶ MELO, Raimundo Simão de. *Discriminação, lista negra... cit.*

recebimento de publicações processuais em papel aos advogados, embora seu uso tenha sido deturpado pelos empregadores.

Uma rápida pesquisa em sites de busca como o *Google* é capaz de revelar, com base no histórico dos diários oficiais indexados por estes sites, a existência de demandas judiciais trabalhistas em nome do candidato ou do trabalhador. Mais ainda, com a migração dos processos para a forma eletrônica, as empresas passaram a ter acesso fácil, quando assessoradas por um advogado, ao conteúdo destes processos sem ter de se deslocar às instâncias físicas dos tribunais. Isto implica que, se necessário, é possível conhecer não só a existência de processos ajuizados por aquele candidato ou trabalhador, mas também os motivos pelos quais houve o ajuizamento de determinada ação.

De tal maneira, a consulta aos dados processuais disponíveis publicamente não pode ser considerada prática ilegal, embora também seja questionável do ponto de vista moral quando realizada anteriormente à formação do contrato de trabalho como critério de seleção, uma vez que os dados também estão disponíveis publicamente. O mesmo não se pode dizer da formação das referidas “listas-negras”, na medida em que se trata de um banco de dado formado pela obtenção de dados nem sempre públicos e com o objetivo de discriminar um trabalhador em detrimento de outro. Em todos os casos, a utilização destes dados, mesmo no ordenamento brasileiro, constitui-se prática discriminatória, e que, por se tratar de ato ilícito, gera um direito à reparação dos danos verificados, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro.

A questão maior, entretanto, reside na dificuldade ou, ainda, na impossibilidade de comprovação da conduta discriminatória por parte do empregador, porquanto estas consultas são realizadas longe dos olhos do candidato e, quando resultam no descarte de uma candidatura, não tem os seus motivos divulgados. De tal sorte, é afastada do trabalhador a possibilidade de requerer uma tutela jurisdicional no sentido de reparar os danos suportados ¹³⁷.

¹³⁷ MELO, Raimundo Simão de. *Discriminação, lista negra... cit.*

3.5. Delimitação negativa da discriminação no acesso a emprego e no trabalho

Tecidas as considerações acerca da discriminação e fatores de discriminação, cumpre delimitar as condutas que não são passíveis de serem concebidas como discriminatórias. Pela regra geral, tende-se a considerar como discriminatória toda conduta do empregador que privilegie, beneficie, prejudique, prive de qualquer direito ou isente de qualquer dever um candidato ou trabalhador, em razão de um fator de discriminação, à exemplo daqueles elencados no n.º 1 do artigo 24.º do Código do Trabalho¹³⁸.

São eles, nomeadamente, a ascendência, a idade, o sexo, a orientação sexual, a identidade de gênero, o estado civil, a situação familiar, a situação económica, o grau de instrução, a origem ou condição social, o património genético, a capacidade de trabalho reduzida, a deficiência, a doença crónica, a nacionalidade, a origem étnica ou raça, o território de origem, a língua, a religião, as convicções políticas ou ideológicas e a filiação sindical, dentre outros.

Somam-se a isto as condutas de assédio discriminatório sobre o trabalhador ou candidato a emprego e as condutas do empregador motivadas por questões atinentes à parentalidade, cujos conceitos são enumerados no número 1 do artigo 36.º do Código do Trabalho. A equiparação de condutas motivadas por questões de parentalidade às condutas de assédio discriminatório não são expressas no Código do Trabalho, mas pode ser inferida do número 6 do artigo 25.º do Código do Trabalho, que se refere a aplicação das disposições acerca do ônus da prova aos casos em que qualquer prática discriminatória no acesso, na formação profissional ou nas condições de trabalho ocorra por motivos relacionados à parentalidade. As ações no plano comunitário também reforçam esta posição. Neste sentido, a Diretiva n.º 2006/54/CE, de 5 de Julho de 2006, ainda vigente, qualifica como discriminatório o tratamento diferenciado em razão de maternidade e paternidade como uma discriminação em razão do gênero.

¹³⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 172

Em direção contrária, o Código do Trabalho se preocupa em delimitar negativamente o conceito de condutas que não são passíveis de serem consideradas discriminatórias. Neste aspecto, o artigo 25.º do Código do Trabalho não considera discriminatória a conduta que, baseada num dos fatores de discriminação, atender em simultâneo três requisitos:

- a constituição de um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional;
- se der em virtude da natureza da atividade em causa ou do contexto da sua execução;
- a necessidade de que o objetivo dessa conduta atenda a critérios de legitimidade e proporcionalidade.

De tal modo, é possível que se admita a derrogação de determinados fatores de discriminação quando, por aplicação do critério do “contexto da execução” da atividade assim o justifique. A solução difere daquela adotada pelo Código do Trabalho de 2003, que remetia a questão ao “contexto do contrato”, cuja definição é imprecisa. No âmbito comunitário, também se advoga a tese de que determinados fatores podem ser mais ou menos derogados sob determinadas circunstâncias, a exemplo da condição de portadora de deficiência e da idade¹³⁹.

Neste sentido são os artigos 5.º e 6.º da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional. Segundo o texto, justificativas legítimas a autorizar o tratamento diferenciado em razão da idade podem ocorrer, como exemplo, em virtude de políticas de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional, ao passo que em se tratando de deficiências, são admitidas adaptações que permitam o acesso ao emprego, promovam a progressão da pessoa ou lhe permitam a formação.

Também não se pode afastar do caso concreto o fato de que o princípio da igualdade corresponde a um direito fundamental, motivo pelo qual não pode ter seu conteúdo tolhido. A análise dos critérios que legitimam a derrogação de um fator de

¹³⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 173-174

discriminação, portanto, envolve a colisão dos princípios da igualdade e não discriminação e do acesso ao emprego. Por essa razão, deve-se ter em conta que a derrogação de um fator de discriminação deve preferencialmente ter como objetivo a proteção do trabalhador ou uma ação positiva no sentido da inclusão e do acesso a emprego de determinadas categorias sociais¹⁴⁰.

¹⁴⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direitos de Personalidade...* cit., p. 174

4. A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE DO TRABALHADOR NA VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO

4.1. Os poderes diretivo e de vigilância e controle do empregador

Superadas as fases de acesso e formação do contrato de trabalho, passamos a tratar sobre a privacidade dos trabalhadores na vigência do contrato de trabalho. Nesta fase, proteção da privacidade do trabalhador conflita a todo o tempo com os poderes de gestão que tem o empregador. Em decorrência da celebração do contrato de trabalho, as partes se colocam em posições diametralmente opostas, de onde se originam o poder diretivo e o poder disciplinar do empregador.

O poder diretivo, previsto no artigo 97.º do Código do Trabalho, consiste na faculdade atribuída ao empregador para gerir a atividade laboral, bem assim compreendido na possibilidade de “determinar a função do trabalhador e de emitir comandos vinculativos de sua atuação”, quer seja pela emissão de ordens e instruções ao trabalhador, quer seja pela verificação do cumprimento dos demais deveres acessórios do contrato de trabalho. Decorre da lei que o poder diretivo tem como finalidade estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado¹⁴¹.

Corresponde ao poder diretivo a posição de subordinação jurídica na qual se encontra o trabalhador, de onde decorre o dever obediência, consubstanciado no cumprimento das ordens e instruções do empregador no que diz respeito à execução ou disciplina do trabalho, à segurança e à saúde, desde que não sejam contrárias aos seus direitos e garantias, bem assim de obediência a ordens ou instruções do empregador ou superior hierárquico dentro dos poderes que ele foram atribuídos (art. 128.º, n.º 1, e) e n.º 2 do CT)¹⁴².

Já o poder disciplinar, se apresenta em duas faces. A primeira delas consiste na possibilidade que tem o empregador de estabelecer regras de conduta e disciplina

¹⁴¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 710-720

¹⁴² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 721

no trabalho. Já a segunda delas se constitui na possibilidade que tem o empregador de sancionar o trabalhador pelo incumprimento de ordens, instruções e deveres contratuais, bem assim do incumprimento de regras de conduta e disciplina estabelecidas no regulamento ou na legislação¹⁴³.

A doutrina, entretanto, diverge em relação a coexistência de dois poderes. Numa perspectiva dualista, os poderes diretivo e disciplinar são paralelos e autônomos, ao passo que numa perspectiva monista, o poder diretivo tem um conteúdo amplo, de tal sorte que o poder disciplinar e os demais poderes conferidos ao empregador são projeções do poder diretivo. A opção do Código do Trabalho atual é pela estruturação destes dois poderes em conjunto, numa abordagem dualista, inclusive porque o poder disciplinar não apresenta apenas uma componente sancionatória¹⁴⁴.

A doutrina fala também na existência de outros poderes, não ligados à existência do contrato de trabalho, mas decorrentes da inserção do trabalhador no âmbito organizacional da empresa. Neste sentido, o poder organizativo é, inclusive, anterior ao poder diretivo, e surge primeiramente em razão da qualidade de empresário. Trata-se de um poder de gestão, que se consubstancia na possibilidade de organização das unidades produtivas. Decorre disto a da possibilidade de imposição das decisões de gestão ao trabalhador, em virtude de estar inserido no âmbito da organização.

O poder regulamentar, por sua vez, se manifesta na possibilidade de elaboração de regulamento interno acerca de regras sobre organização e disciplina do trabalho pelo empregador. A possibilidade da criação de um regulamento é tratada no artigo 99.º do Código do Trabalho. Na medida em que estas regras são instaladas, cabe ao trabalhador o estrito cumprimento de seus termos, nos limites do que determina o seu contrato de trabalho. É também uma decorrência da inserção do trabalhador no âmbito organizacional da empresa e da subordinação jurídica havida em razão do contrato de trabalho¹⁴⁵.

¹⁴³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 710

¹⁴⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 711

¹⁴⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 715-719

A elaboração de um regulamento, embora esteja condicionada ao depósito do instrumento perante a Autoridade para as Condições de Trabalho, não mais exige a aprovação administrativa para que possa ser posta em vigor, o que evidencia a intenção legislativa de conceder maior autonomia à organização empresarial. Ainda assim, é garantida a proteção dos interesses dos trabalhadores através da intervenção da comissão de trabalhadores ou representantes sindicais bem assim pelo fato de que é necessário o respeito aos direitos e garantias dos trabalhadores, constantes no artigo 129.º do Código do Trabalho, e das normas pactuadas em instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho¹⁴⁶.

Já o poder de vigilância e controle é um “corolário natural do poder diretivo”, na medida em que se trata da possibilidade de controlar a forma através da qual se dará a prestação do trabalho. É também uma “operação prévia ao exercício do poder disciplinar em sua vertente sancionatória”, porquanto concede a faculdade de vigiar o trabalhador para fins de verificação de eventuais descumprimentos de regras de conduta e disciplina¹⁴⁷.

É necessário, contudo, que se estabeleça limites ao exercício do poder de vigilância e controle por parte do empregador, porquanto o envolvimento pessoal do trabalhador no vínculo torna vulneráveis os seus direitos de personalidade. Neste sentido a lei estabelece mecanismos para a salvaguarda da privacidade e dos direitos de personalidade do trabalhador, através da limitação à utilização de meios de vigilância à distância, à confidencialidade de mensagens e de acesso à informação, às revistas íntimas e nos bens do trabalhador, dentre outros, conforme trataremos adiante.

4.2. A privacidade do trabalhador no ambiente de trabalho

4.2.1. Meios de vigilância à distância

¹⁴⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 715-719

¹⁴⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 714

Na execução do contrato de trabalho, o direito à reserva da intimidade da vida privada constitui aspecto central da proteção do trabalhador em relação a seus direitos de personalidade. Uma vez que a relação jurídica estabelecida em razão do vínculo exige um envolvimento global da personalidade do trabalhador, há um agravamento nos riscos de intromissão e violação às esferas íntima e privada que justificam a ampliação da extensão desta tutela. De sorte que, para além da proteção geral à intimidade da vida privada, o Código do Trabalho desenvolve a proteção aos dados pessoais, aos testes e exames médicos, a tutela das mensagens eletrônicas e a integridade física e moral, cujos aspectos têm forte interesse na proteção da intimidade da vida privada do trabalhador¹⁴⁸.

Tecidos, também, comentários acerca do poder de vigilância e controle, cumpre analisar os limites da utilização de meios de vigilância a distância durante o contrato de trabalho. Como regra geral, o Código do Trabalho veda a utilização de meios de vigilância a distância mediante emprego de equipamentos tecnológicos com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador (art. 20.º, n.º 1 do CT). Neste sentido, o acórdão do Tribunal Constitucional, de 12 de Junho de 2002, considerou que *“a permissão da utilização de equipamentos de videovigilância constitui uma limitação ou uma restrição do direito à reserva da intimidade da vida privada, consignada no artigo 26.o, n.º 1 da CRP”*¹⁴⁹.

A utilização de meios de vigilância, entretanto, não é um fenómeno novo, estando a novidade relegada a utilização de meios eletrónicos nesse processo. O emprego destas tecnologias criou uma capacidade de recolha de dados dos trabalhadores nunca antes vista. Se por um lado antigamente era prática corrente a contratação de investigadores para que visitasse as residências dos trabalhadores a fim de averiguar aspectos como o consumo de bebidas alcoólicas ou de práticas “imorais”¹⁵⁰, atualmente, para além do emprego de câmeras de vídeo, tornou se possível o recolhimento automatizado de dados que dizem respeito ao histórico de utilização de arquivos no computador, histórico de navegação na internet,

¹⁴⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direitos de Personalidade...* cit., p. 630.

¹⁴⁹ MARTINS, Jorge Silva. *Implicações do RGPD na videovigilância: Riscos e Oportunidades* in: APSEI – Open Day 18’ – Segurança Eletrónica, disponível em www.apsei.org.pt

¹⁵⁰ MOREIRA, Teresa Coelho. *Direitos de Personalidade...* cit., p. 71.

mensagens de correio eletrônico, históricos detalhados de localização, dentre outros. Com efeito, o empregador passa a ter à sua disposição um volume de dados suficientemente grande a ponto de colocar em risco os direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador, motivo pelo qual se justifica a tentativa da legislação de impor um limite à utilização dos meios de vigilância à distância.

A imposição legal passa pela inadmissão, como regra geral, da utilização de meios de vigilância com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador mediante o emprego de “equipamento tecnológico”, cuja terminologia é bastante vaga. Contudo, em virtude de estarem em causa direitos de personalidade do trabalhador, deve ser interpretada de maneira ampla, afim de que abarque outras situações de controle do desempenho profissional do trabalhador. Assim, ainda que um determinado meio não corresponda, à exatidão, a um equipamento tecnológico, na medida em que se prestarem ao exercício da vigilância distância, devem ser encarados sob a mesma perspectiva dos equipamentos tecnológicos. Segundo GUILHERME DRAY, o recurso a conceitos em determinados, possibilita o avanço da ciência jurídica na medida em que garante certa flexibilidade em relação os conceitos para que melhor se amoldem à justiça do caso concreto¹⁵¹.

Conforme JOSÉ JOÃO ABRANTES¹⁵², no que diz respeito a novas tecnologias, “o CT poderia – e deveria – ter fixado princípios orientadores sobre a forma e os meios, o âmbito e o alcance dos poderes de controlo da utilização do telefone, do e-mail do da navegação na Internet para fins privados” já que não existem parâmetros estabelecidos nesse sentido.

Da leitura do artigo 20.º do Código do Trabalho, decorre, como regra geral, que não é possível ao empregador que utilize meios de vigilância a distância, nomeadamente câmeras de vídeo, recursos audiovisuais, mecanismos de escuta, registro telefônico, dentre outros, a fim de estabelecer o controle constante e impessoal¹⁵³ sobre o exercício da atividade laboral do trabalhador.

¹⁵¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 725; DRAY, Guilherme in: MARTINEZ, Pedro Romano et. al. *Código do Trabalho Anotado... cit.*, p. 142

¹⁵² ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais... cit.*, p. 28

¹⁵³ DRAY, Guilherme Machado in: MARTINEZ, Pedro Romano. *Justa Causa... cit.*, p. 61

A proibição trazida na legislação não é absoluta. Neste sentido, a derrogação desta proibição pode ocorrer em casos excepcionalíssimos, desde que atenda aos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação, a fim de que a utilização destes meios não sejam desproporcionais à lesão aos direitos de personalidade ao trabalhador¹⁵⁴. A validade da utilização destes meios de vigilância também deve atender aos requisitos expostos no artigo 20.º:

- o meio de vigilância à distância tiver por finalidade a proteção e a segurança de pessoas e bens ou, ainda, quando particulares exigências inerentes a natureza da atividade assim justifiquem o emprego de tais meios, i.e., que a finalidade precípua da vigilância não seja o controle do desempenho do trabalhador;
- seja prestada informação ao trabalhador acerca da utilização de meios de vigilância à distância, das finalidades desse recurso, devendo nomeadamente afixar avisos nos locais sujeitos a vigilância.

Embora a lei trate da notificação ao trabalhador, é possível que essa notificação seja direcionada a comissão de trabalhadores, estando neste caso dispensada a comunicação individual a todos os trabalhadores. A nosso ver, a afixação do aviso informativo também não se limita a utilização de meios de vídeo vigilância, uma vez que pode ser necessário indicar que determinado local esteja sob vigilância por meio de áudio, ao mesmo tempo em que entende ser necessário aviso prévio quando estiver em causa, nomeadamente a gravação de ligações telefônicas e a leitura de mensagens de correio eletrônico¹⁵⁵.

Assim, é admissível que câmeras de vídeo sejam utilizadas, por exemplo, em estabelecimentos bancários, postos de abastecimento de combustível e aeroportos, desde que, em todos os casos, sejam cumpridos os requisitos legais.

Neste sentido é a decisão do STJ¹⁵⁶, que considerou que a vigilância por câmeras no âmbito laboral causa restrição às liberdades e garantias do trabalhador, nomeadamente ao direito à intimidade da vida privada. Procedendo à análise dos

¹⁵⁴ DRAY, Guilherme in: MARTINEZ, Pedro Romano et. al. *Código do Trabalho Anotado...* cit., p. 158.

¹⁵⁵ DRAY, Guilherme in: MARTINEZ, Pedro Romano et. al. *Código do Trabalho Anotado...* cit., p. 158

¹⁵⁶ Ac. SJ200602080031394, do STJ de 08 de fevereiro de 2006, também citado por DRAY, Guilherme in: MARTINEZ, Pedro Romano et. al. *Código do Trabalho Anotado...* cit., p. 158

fatos, restou comprovado que, embora tenha sido a empregadora autorizada a fazer uso de meios de videovigilância para a segurança de instalações, equipamentos, medicamentos e outros produtos de venda em farmácia, considerou-se que o número de câmeras instaladas viola o dever de proporcionalidade, bem assim que o fato de estarem elas direcionadas aos trabalhadores, possibilita o desvio da finalidade inicialmente autorizada.

O artigo 21.º do Código do Trabalho condicionava a utilização dos meios de vigilância à autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados, como iter procedimental, que se encarregava de assegurar que a finalidade do tratamento destes dados não fosse contrária aos objetivos da lei e dos princípios estabelecidos¹⁵⁷. Contudo, a exigência passou a ser desnecessária com a entrada em vigor do Regulamento-Geral de Proteção dos dados da União Europeia, em 25 de maio de 2018, conforme orientação da própria CNPD¹⁵⁸, embora ainda seja necessária a observância as disposições constantes no Código do Trabalho e na legislação vigente. Com efeito, entende-se estarem em vigor a necessidade de que haja cumprimento simultâneo dos requisitos da adequação e proporcionalidade dos objetivos da vigilância.

Na hipótese de serem utilizados meios de vigilância e controle a distância, permanecem de necessária observância as disposições acerca da proibição da discriminação e do assédio no trabalho. Isto porque, ainda que não tenham por finalidade o controle do desempenho do empregador, os dados obtidos através destes meios de podem ser utilizados indevidamente, como fatores de discriminação, para obstar o acesso a novos cargos e salários, subverter um despedimento por justa causa, dentre outras discriminações.

Para além disto, o empregador não pode se valer dos dados obtidos por intermédio da vigilância a distância como meio de prova em procedimento disciplinar. A situação em causa se reconduz à proibição consagrada no artigo 32.º,

¹⁵⁷ DRAY, Guilherme in: MARTINEZ, Pedro Romano et. al. *Código do Trabalho Anotado...* cit., p.160

¹⁵⁸ Conferir a orientação da CNPD na seção de Perguntas Frequentes (FAQs) em www.cnpd.pt

n.º 8 da CRP, que veda a utilização de provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações¹⁵⁹. JOSÉ JOÃO ABRANTES¹⁶⁰ já defende ser lícita a utilização, como meio de prova, de informações concebidas pelos meios de vigilância à distância desde que conhecidos acidentalmente e a utilização desses meios não tiver essa finalidade e forem respeitados os critérios de proporcionalidade e a conduta em análise comprometer bens de relevância constitucional. Embora seja difícil mensurar a licitude do emprego desses meios no caso concreto, sobretudo quando obtida prova útil à instrução processual, subscrevemos a essa opinião, na medida em que a desconsideração de evidências pode favorecer um comportamento ilícito, para além de ser contraproducente. Neste sentido também foi o entendimento da Relação do Porto, no Ac. 229/11.6TTLMG.P1, de 04/02/2013.

4.2.2. A liberdade do trabalhador na vigência do contrato de trabalho

Outro aspecto reconhecido no âmbito do trabalho é o da liberdade de expressão e de opinião. Trata-se de preceito que visa a garantia da livre manifestação dos trabalhadores, do empregador e de seus representantes, do bom relacionamento e do respeito mútuo entre eles. No âmbito constitucional, a liberdade de expressão é uma garantia prevista no artigo 37.º da CRP, cuja disposição é vinculativa em relação a entidades públicas e privadas por força do que dispõe a norma do artigo 18.º, também da CRP.

Especificamente em sede trabalhista, o artigo 14.º do Código do Trabalho afirma que é reconhecida a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade de todas as partes envolvidas no vínculo laboral. A norma em apreço reproduz a disposição do Código do Trabalho

¹⁵⁹ DRAY, Guilherme Machado in: MARTINEZ, Pedro Romano. *Justa Causa... cit.*, p. 84.

¹⁶⁰ ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais... cit.*, p. 28.

de 2003, e inaugura a sistemática de preceitos destinados à efetivação dos direitos de personalidade do trabalhador na Subseção II do Código do Trabalho.

É importante atentar-se para o fato de que a redação do artigo 14.º não menciona a figura do trabalhador como alvo da proteção pretendida na norma. Embora a tutela dos direitos de personalidade deva ser tida, também, em relação ao empregador, não entendemos ser razoável admitir que o empregador careça de proteção quanto à liberdade de expressão e opinião, na medida em que o poder de direção e a posição de subordinação do trabalhador o permitem manifestar-se livremente no âmbito laboral.

Assim como as demais regras relativas aos direitos de personalidade, esse preceito visa a equalização dos direitos que assistem ao trabalhador como cidadão e do princípio da liberdade de gestão empresarial. Isto porque, não obstante o trabalhador se encontre em posição de subordinação, não seria razoável que também lhe fossem vedadas as possibilidades de manifestação e exposição das próprias opiniões, inclusive sobre aspectos de sua vida pessoal, opiniões políticas, convicções filosóficas e religiosas. Assim, em princípio, seria possível ao trabalhador posicionar-se acerca determinadas práticas na empresa que não estejam em consonância com o princípio da igualdade entre homens e mulheres, ou ainda questionar as instalações da empresa no que diz respeito à acessibilidade de pessoas com mobilidade reduzida, ao mesmo tempo em que lhe seria possível ostentar, no âmbito do trabalho, imagens religiosas ou emanar opiniões políticas¹⁶¹.

A liberdade de expressão e de opinião, contudo, não é uma garantia incondicionada. Conforme se depreende do próprio artigo 14.º, o exercício da liberdade de expressão e opinião no âmbito laboral encontra-se limitado pelo dever de respeito aos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador e pelo dever de não perturbar o normal funcionamento da empresa. Em matéria constitucional o artigo 37.º, n.º 3 da CRP também reconhece a impossibilidade do exercício irrestrito das liberdades na medida em que sujeita os excessos às sanções criminais ou administrativas. Com efeito, não se revestem de licitude e proteção a

¹⁶¹ DRAY, Guilherme in: MARTINEZ, Pedro Romano et. al. *Código do Trabalho Anotado...* cit., p. 144; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho...* cit., p.148-150

conduta do trabalhador que causa tumulto e animosidade no ambiente de trabalho (o que não se confunde com a figura da greve) ou ainda que, de suas manifestações, resulte injúria, discriminação ou assédio em relação ao empregador ou a outro empregador¹⁶².

Neste sentido, o Tribunal da Relação do Porto, à análise do caso de uma trabalhadora que foi sancionada disciplinarmente em virtude de ter afirmado, no âmbito de trabalho e na presença de vinte e oito pessoas, que não recomendava o estabelecimento da empregadora a ninguém, nem mesmo a si própria, considerou que a conduta da trabalhadora era atentatória ao bom nome, a imagem, a honra e a consideração social da empresa. Nestas circunstâncias, a trabalhadora propagava, de forma infundada e gratuita, o fracasso do estabelecimento, sobretudo porque desta ação resulta situação de perigo para o interesse do empregador. Foi considerado, ainda, que houve violação aos deveres de confiança nela depositado e no dever de lealdade. De tal sorte, a conduta da trabalhadora não poderia estar amparada pela proteção à liberdade de expressão e de opinião porquanto viola dos direitos de personalidade da entidade empregadora¹⁶³.

Outro aspecto que merece relevo em matéria sobre liberdades no ambiente de trabalho é o da apresentação e do vestuário. Trata-se de um direito de personalidade do trabalhador, porquanto a apresentação e o vestuário constituem a imagem da pessoa e, conforme defendemos, tem um potencial revelador de aspectos da vida íntima e privada do trabalhador. Citamos, como exemplos, o trabalhador que lança mão de blusas de mangas compridas a fim de ocultar tatuagens ou cicatrizes nos braços e o trabalhador que utiliza adereços religiosos no pescoço ou se vê limitado pela doutrina religiosa a utilizar determinadas peças de roupa. Assim, a imposição pelo empregador à um vestuário ou apresentação em específico, ou a proibição de

¹⁶² DRAY, Guilherme in: MARTINEZ, Pedro Romano et. al. *Código do Trabalho Anotado...* cit., p. 144; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho...* cit., p. 150.

¹⁶³ Ac. RP20160215276/13.3TTSTS.P1 do TRP, de 15 de Fevereiro de 2016, disponível em www.dgsi.pt

peças de roupas, adereços ou cortes de cabelo são potencialmente violadores dos direitos de personalidade do trabalhador.

Neste sentido, a atribuição do direito ao empregador de determinar o vestuário e a aparência do trabalhador por intermédio do contrato de trabalho, nomeadamente mediante a imposição do uso de uniformes ou da ostentação de logotipos da empresa não é possível em princípio¹⁶⁴.

Contudo, algumas situações aparecem como exceção a essa regra, sendo a primeira delas fundada na proteção da saúde e da segurança do trabalhador. É o caso da imposição do uso de touca nos cabelos aos profissionais que trabalham com alimentação, do uso de máscaras e luvas pelos profissionais de saúde e de capacetes aos trabalhadores da construção civil. De modo diverso, algumas profissões, pela sua natureza, exigem a utilização de determinadas vestimentas, como é o caso da bata branca pelos médicos e enfermeiros, ou ainda de um tipo genérico de vestimenta, como é o caso da necessidade de utilização de um vestuário formal por trabalhadores em bancos e escritórios de advocacia. Em todos os casos, nas hipóteses em que a imagem do trabalhador puder prejudicar a imagem do empregador, parece-nos possível que seja estabelecido, ao menos, um tipo genérico de vestimenta ou a proibição deste, como é o caso da vedação ao uso de roupas desportivas no ambiente de trabalho¹⁶⁵.

Mais um aspecto relativo a liberdade no trabalho é o da liberdade religiosa. Conforme já mencionamos, a crença religiosa do trabalhador pode causar reflexos na forma de apresentação e vestuário do trabalhador. Mais ainda, pode refletir nos dias de descanso, na hora do término do expediente de trabalho, dentre outros. A compatibilização destas questões, sobretudo quando não existe correspondência religiosa, é bastante difícil, sobretudo em virtude da possibilidade de serem objeto de discriminação.

Neste sentido, a liberdade de religião, de consciência, e de culto são invioláveis, conforme preceitua o artigo 41.º da CRP. Dito isto, decorre que o contrato de trabalho não pode se opor às práticas religiosas do trabalhador. Contudo, também

¹⁶⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho...* cit., p.151-152

¹⁶⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho...* cit., p.152-153

não é possível ao trabalhador que prejudique os fins visados pelo empregador pela imposição de suas práticas religiosas. Da colisão destes direitos, em atenção ao princípio da boa-fé, deverá o empregador tolerar as práticas religiosas do trabalhador e, este, deverá buscar não prejudicar o desenvolvimento da atividade laboral através destas¹⁶⁶. Se por um lado a solução é imprecisa, por outro, é perfeitamente adequada a fim de permitir que a análise se amolde ao caso concreto e suas especificidades, sobretudo porque seria impossível o estabelecimento de uma regra geral que abarcasse todas as incontáveis religiões (e suas variações doutrinárias) sem correr o risco de privilegiar ou prejudicar umas em relação às outras.

Assim, será, em princípio, permitido ao trabalhador a ostentação de símbolos religiosos no local de trabalho, embora, quando em contato com o público, seja também possível ao empregador proibir essa prática a fim de não prejudicar o relacionamento com a clientela de religião diversa. Igualmente, a observância dos dias de descanso religiosos que não coincidam com os feriados legais não será obrigatória, o que não obsta ao empregador que lhes conceda, quando não forem prejudiciais à atividade empresarial, em observância ao princípio da boa-fé¹⁶⁷.

Quanto a liberdade de consciência, a legislação portuguesa já prevê casos específicos em que se configure legítima a recusa à prestação laboral, a exemplo dos médicos em relação à prática de aborto (art. 6.º da Lei 16/2007, de 17 de Abril) e dos jornalistas em relação a professar opiniões contrárias às suas convicções (art. 12.º, n.º 1, da Lei 1/99, de 13 de Janeiro). Todavia, na ausência de regra geral e diante da colisão de direitos, poder-se-ia adotar a solução professada em relação à liberdade religiosa, no tocante ao apelo à boa-fé como forma de se recusar à prestação de uma determinada atividade, sempre pautado pela razoabilidade e proporcionalidade¹⁶⁸.

Ainda em matéria sobre liberdade no ambiente de trabalho, é possível ao empregador que imponha limitações ao trabalhador na pendência da relação

¹⁶⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho...* cit., p.153-154

¹⁶⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho...* cit., p.154

¹⁶⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho...* cit., p.155-156

laboral. Neste sentido, o Código do Trabalho admite a convenção entre as partes de pacto de permanência (art. 137.º), mediante a qual o trabalhador se obriga a não denunciar o contrato de trabalho, por um período determinado, como forma de compensação pelos investimentos realizados pelo empregador em sua formação profissional. A Lei, entretanto, estabelece que o prazo de vigência da cláusula em questão seja de, no máximo, três anos, embora não existam impedimentos em relação à pactuação nova cláusula ao termino do período de vigência anterior. De toda sorte, é garantida ao trabalhador a possibilidade de rescindir o pacto celebrado mediante o ressarcimento das despesas realizadas pelo empregador.

Cabe aqui uma observação em relação às circunstâncias em que se admite o pacto de permanência. Em relação ao Código do Trabalho de 2003, a nova redação do artigo 137.º substituiu a expressão “despesas extraordinárias” por “despesas avultadas feitas com a sua formação profissional”. A alteração revela a intenção clara do legislador em limitar as hipóteses que se admite a pactuação da permanência do trabalhador na medida em que a expressão adotada anteriormente comportava um número bastante superior de situações. Entretanto, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO afirma que a menção a despesas extraordinárias permitia uma cristalina distinção estas e as despesas ordinárias, no artigo 131.º do Código do Trabalho, cuja aceção já não é tão clara. Assim, justifica-se uma “interpretação restritiva do conceito, neste ponto, como única forma de evitar uma limitação excessiva do princípio constitucional da liberdade de trabalho”¹⁶⁹.

Já no que diz respeito à liberdade do trabalhador após a cessação do contrato de trabalho, o Código é claro ao estabelecer uma regra padrão de proibição de limitação da liberdade do trabalhador após cessado o contrato de trabalho, ainda que seja por intermédio de regras de negociação coletiva (art. 136.º do CT). Contudo, a proibição não é absoluta na medida em que se admite o estabelecimento de cláusula acessória de não concorrência, em caráter excepcional. Segundo MARIA DO ROSARIO PALMA RAMALHO¹⁷⁰, as atividades consideram-se concorrentes quando, inseridas sob uma

¹⁶⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p.244.

¹⁷⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p.443.

mesma área, a atividade suplementar tenha possibilidades de vir a causar prejuízos ao empregador.

O conteúdo do pacto pode, também, representar uma variedade de situações. Nomeadamente, a limitação pactuada pode se referir a uma proibição ao exercício da mesma atividade do empregador, a não contratação de bens ou serviços com pessoas que contratavam anteriormente com o empregador, de contatar a antiga clientela, dentre outros. Nesse sentido, é também admissível a imposição de um dever de sigilo, nos moldes do que constava no contrato de trabalho extinto, mediante o qual o trabalhador se obriga, pelo prazo determinado no pacto, a guardar segredo em relação a fatos que teve conhecimento em razão do vínculo laboral¹⁷¹.

Nesta hipótese, similarmente ao que havia sido tratado em relação ao pacto de permanência e por se tratar de medida de exceção, o Código do Trabalho estabelece alguns requisitos de validade para que seja celebrado o pacto de não concorrência. Em primeiro lugar, estabelece que o pacto de não concorrência deverá obedecer a forma escrita, nomeadamente por acordo ou na cessação do contrato de trabalho. Em segundo lugar, estabelece que a limitação terá lugar nas hipóteses em que a atividade for suscetível de causar prejuízos ao empregador, conexos à não concorrência¹⁷².

Contudo, a fim de equalizar os prejuízos advindos da limitação da liberdade do trabalhador após a cessação do contrato de trabalho, a Lei estabelece um limite temporal à pactuação, que não deve ser superior a dois anos, a contar do término do vínculo laboral. Neste sentido, estabelece também uma regra de compensação ao trabalhador, no período de duração do pacto, pela não realização da atividade, embora o valor possa ser reduzido proporcionalmente às despesas avultadas pelo empregador com a sua formação profissional.

Em verdade, o dever de não concorrência decorre naturalmente do dever de lealdade que tem o trabalhador na constância do vínculo laboral, a fim de que a atividade econômica possa ser desenvolvida pelo empregador, com o uso da mão de obra do trabalhador, sem entraves ou receios quanto à criação de concorrência pelo

¹⁷¹ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho...* cit., p.653.

¹⁷² MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho...* cit., p.654

trabalhador. Justifica-se, inclusive, em razão do conhecimento que possa vir a ter o trabalhador acerca de técnicas, meios de produção e tecnologias empregados no desenvolvimento da atividade e que colocariam o trabalhador em posição de vantagem perante os demais¹⁷³.

A questão que se coloca é se a simples prestação de atividade laboral para outro empregador é capaz de causar danos ao empregador ou, ainda mais precisamente, se é violadora do dever de não concorrência. Decerto que, em se tratando de trabalho não qualificado, o risco de ser colocada em prática atividade concorrente a do empregador ou, ainda, de que o trabalhador venha a prestar serviços para outro empregador assim criando uma situação de concorrência, é evidentemente menor. A exemplo, é pouco provável que um funcionário de limpeza venha a causar prejuízos ao empregador após a cessação do contrato de trabalho pela criação de concorrência¹⁷⁴. Já em se tratando de um profissional de Tecnologia da Informação, ligado ao desenvolvimento de software¹⁷⁵, os riscos quanto ao exercício da concorrência pelo trabalhador são acrescidos.

4.2.3. Confidencialidade no acesso às mensagens e de acesso à informação

Em virtude do tempo em que o empregado despende nas instalações da empresa, não é raro que surja a necessidade de tratar de assuntos pessoais no decurso do expediente. Considerando o limite de oito horas diárias fixado na legislação portuguesa, tem-se que o empregado passa cerca de um terço de seu dia no estabelecimento do empregador.

Neste sentido, o art. 22.º do Código do Trabalho preceitua que o trabalhador goza de confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal

¹⁷³ MOTA, Laura. *O Dever de Lealdade do Trabalhador Após a Cessação do Contrato de Trabalho*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 63-65

¹⁷⁴ MOTA, Laura. *O Dever de Lealdade...* cit., p. 71

¹⁷⁵ Cabe mencionar que aos programas de computador aplicam-se as regras relativamente ao direito de autor, por força do Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro. Assim, se o programa foi criado pelo trabalhador em cumprimento de suas atividades laborais, pertencem ao empregador os programas por ele criados, cuja presunção é a de que se trata de uma obra coletiva. A esse respeito, conferir MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho...* cit., p. 531-532.

e do acesso à informação de caráter não profissional que envie, receba ou consulte. Esse preceito tem em causa a proteção da intimidade da vida privada no ambiente de trabalho, porquanto menciona a “natureza pessoal” e o caráter “não profissional” das informações que eventualmente consulte, receba ou envie, cujas quais não têm relevância do ponto de vista da execução das atividades laborais.

Com efeito, ao empregador é vedada a visualização de mensagens e informações de natureza pessoal do trabalhador, embora seja possível, em casos eventuais¹⁷⁶, que se requeira a visualização, na presença do trabalhador, do remetente ou do destinatário destas mensagens, assunto ou horário do envio, o mesmo se procedendo em relação aos sites da internet de caráter pessoal e não profissional visitados, e das ligações telefônicas realizadas cujo conteúdo não se relacione com a atividade laboral, ainda que realizadas a partir do local de trabalho¹⁷⁷.

Trata-se de uma decorrência do poder disciplinar, porquanto o número 2 do Código do Trabalho é expresso em assegurar ao empregador, mesmo nestes casos, a faculdade de determinar regras de utilização dos meios de comunicação na empresa. Por esta razão, entendemos ser possível, por exemplo, que o empregador estabeleça uma proibição geral à utilização do endereço de e-mail profissional para assuntos de natureza particular do trabalhador, e que estabeleça, noutros casos, limites à troca de mensagens de natureza particular no horário de trabalho. Já em relação ao acesso a sites de internet, também entende ser possível a implementação de políticas restritivas de certos endereços e horários de uso.

Em todos os casos, eventuais verificações realizadas pelo empregador, para além de sofrerem limitação em relação ao conteúdo das comunicações, não podem ser realizadas de forma persecutória, mas de maneira global, aleatória e não individualizada. É de se ter em consideração, ainda, que os meios eletrônicos que fará o uso o trabalhador são de propriedade da empresa, motivo pelo qual as informações trocadas neste deveriam se limitar ao âmbito profissional. A título de

¹⁷⁶ A possibilidade de visualização das mensagens também não pode ser realizada com um fim persecutório, de forma individualizada, mas de forma aleatória, para a garantia da segurança e da confiabilidade destes sistemas (DRAY, Guilherme in: MARTINEZ, Pedro Romano et. al. *Código do Trabalho Anotado...* cit., p. 161)

¹⁷⁷ DRAY, Guilherme in: MARTINEZ, Pedro Romano et. al. *Código do Trabalho Anotado...* cit., p. 161.

exemplo, numa eventual manutenção em um dos computadores da empresa, pode ocorrer de dados de mensagens pessoais do trabalhador sejam revelados acidentalmente, ou, em uma empresa em que se registrem os sites acessados para posterior utilização num procedimento de *compliance*, sejam revelados acidentalmente os acessos realizados pelo trabalhador que não relacionados ao âmbito profissional. Assim, deve se ter em conta o dever de boa-fé quanto a informação prévia por parte da empresa da recolha destes dados¹⁷⁸.

4.2.4. Dados biométricos

Nos princípios sobre o tratamento de dados biométricos para controle de acessos e assiduidade no âmbito do trabalho, publicados pela Comissão Nacional de Proteção de dados em 2004, foi considerado que a vulgarização dos meios de videovigilância e do tratamento de dados biométricos leva à necessidade de se adotar medidas para inibir a instalação de um clima injustificado de vigilância e desconfiança no ambiente de trabalho. Foi considerado, também, que os fabricantes devem adotar soluções técnicas que minimizem os riscos à privacidade e as possibilidades de utilização indevida.

A comissão, entretanto, aponta diversos benefícios oriundos do uso da biometria no ambiente laboral, a exemplo do reforço da segurança dos meios de controle de entrada e saída, a facilidade de identificação porquanto não se torna necessária a memorização de códigos ou do porte de chaves de identificação, e o elevado grau de confiabilidade desse método. Adicionalmente, considerou que o armazenamento de dados biométricos não implica maiores riscos à segurança e à privacidade, uma vez que os dados coletados geram tão somente modelos numéricos criptografados da biometria do trabalhador, isto é, os bancos de dados não possuem a reprodução da biometria do indivíduo, e, portanto, não podem ser utilizados em técnicas de

¹⁷⁸ DRAY, Guilherme in: MARTINEZ, Pedro Romano et. al. *Código do Trabalho Anotado...* cit., p. 161-162; MOREIRA, Teresa Coelho. *Esfera Privada do Trabalhador e Novas Tecnologias* in: Minerva: Revista de Estudos Laborais, ano III, n.º 4, Semestral, mar. 2004, Coimbra: Almedina, p. 33

engenharia reversa para reproduzir a imagem da característica biométrica, como por exemplo, a impressão digital, a íris, a geometria e características da face, etc.

Acrescenta, entretanto, que os riscos à privacidade são agravados quando dados biométricos são utilizados de forma centralizada, razão pela qual não devem, também, ser utilizadas em conjunto com outros sistemas, a exemplo da videovigilância.

Neste aspecto, o Código do Trabalho atual se difere do Código de 2003, que nada previa em relação aos dados biométricos dos trabalhadores. O assunto só viria a ser tratado na Regulamentação do Código do Trabalho, Lei 35/2004, de 27 de Agosto, cujo texto foi reproduzido no Código do Trabalho de 2009. A solução dada pela Lei, no artigo 18.º, é no sentido de se permitir o tratamento dos dados biométricos dos trabalhadores condicionada, entretanto, à notificação prévia à Comissão Nacional de Proteção de Dados.

Há, também, uma preocupação relativa à ciência dos trabalhadores acerca da existência do tratamento de dados biométricos, garantida, também, a participação destes na tomada de decisões sobre o tratamento de dados biométricos, uma vez que o número 4 do artigo 18.º determina que a notificação à CNPD deva ser acompanhada de parecer da comissão de trabalhadores ou, na sua ausência, de pedido de parecer. A Lei também dispõe sobre os limites ao tratamento de dados biométricos, estabelecendo que seu uso deve se limitar aos casos necessários, adequados e proporcionais aos objetivos que se pretenda atingir, devendo a conservação se limitar ao período necessário para a persecução desses fins. Assim, os dados biométricos devem ser destruídos no momento da transferência do trabalhador ou da cessação do contrato de trabalho.

O tema dos dados biométricos foi recentemente tratado, no âmbito geral, pelo recém-aprovado Regulamento Geral de Proteção de Dados. Em conformidade com o Ato, consideram-se dados biométricos os dados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico e que revele características físicas, fisiológicas ou comportamentais de um indivíduo e que permitem ou confirmem a sua identidade. São disto exemplo as imagens faciais e dados datiloscópicos. Não obstante serem aplicáveis as regras gerais sobre o tratamento de dados pessoais, o regulamento enquadra os dados biométricos na categoria dos dados sensíveis. Assim, temos

como regra a proibição do tratamento de dados biométricos para fins de identificação inequívoca de um indivíduo, não obstante tenha definida uma série de hipóteses em que a proibição não se aplica. São disto exemplo os casos em que o titular houver dado consentimento, quando for necessário ao cumprimento de obrigações, quando forem necessários ao exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular em matéria de legislação laboral, quando os dados houverem sido tornados públicos pelo titular, quando houver motivo interesse público relevante e mediante previsão normativa, para fins de diagnóstico médico em relação à capacidade de trabalho do empregado, para a prestação de cuidados ou tratamentos de saúde, dentre outros.

4.2.5. Revistas pessoais e aos bens do trabalhador

Naturalmente, toda pessoa singular, para além de ser capaz de direitos e deveres, é dotada de um corpo físico, que traduz boa parte de sua identidade no mundo. Através do corpo, a pessoa expressa parcela de sua individualidade, quer seja pelo tipo de vestimentas, pela cor e o corte do cabelo, os adereços, quer seja pelas tatuagens e outras modificações corpóreas. Diferentemente de outros aspectos, ainda que o indivíduo decida por tornar públicos aspectos de seu corpo, por definição, o corpo pertence à sua esfera íntima, e é inviolável sob qualquer justificativa. À vulneração da integridade física das pessoas quase sempre dão origem a consequências de natureza indenizatória.

Neste sentido, é preceito constitucional a garantia da integridade através da inviolabilidade moral e física das pessoas (art. 25.º, n.º 1 da CRP). A violação da integridade moral e física tem repercussão na esfera penal, na medida em que são tutelados como crimes contra a honra, tipificados nos artigos 164.º ss. do Código Penal e crimes contra a integridade física, tipificados nos artigos 143.º ss. do Código Penal. Na esfera civil, a violação da integridade moral e física ensejam o dever de reparação, como decorre da conjugação dos artigos 15.º e 483 ss. do Código Civil. Para além disto, a manutenção da integridade física e moral tem fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no 1.º artigo da Constituição Portuguesa.

No contexto laboral, o Código do Trabalho positivou, no artigo 15.º, o direito à integridade física e moral em relação ao trabalhador e ao empregador, inclusive quando representado por outras pessoas singulares. A integridade física e moral é assim reconhecida como um direito de personalidade do trabalhador, cuja relevância impede que seja derogada em favor da prestação laboral. São conexas a esse direito as regras relativas a segurança, saúde e higiene no trabalho (Lei 102/2009, de 10 de Setembro), de cujas quais decorre o dever do empregador de garantir a segurança e a saúde do trabalhador¹⁷⁹.

As normas com garantia à preservação da integridade moral e física das partes envolvidas na relação laboral também constituem deveres do empregador e do trabalhador, previstos nos artigos 127.º e 128.º. São exemplos o dever, pelo empregador, de tratar o trabalhador com urbanidade e probidade, proporcionar boas condições de trabalho do ponto de vista físico e moral e de adotar medidas de prevenção e informação no que diz respeito à segurança e à saúde no contexto laboral. Pelo trabalhador, são deveres de respeito ao empregador, superiores hierárquicos, colegas de trabalho, e terceiros que se relacionem com a empresa, cooperar para a melhoria da segurança e saúde no trabalho e cumprir as prescrições a esse respeito.

Não obstante seja de máxima importância a tutela da integridade moral e física do empregador e de seus representantes, em virtude da posição de vulnerabilidade que se encontra o trabalhador, trataremos da proteção de sua integridade moral e física. Neste aspecto, releva mencionar a intimidade corporal do trabalhador, que constitui um aspecto de seus bens de personalidade.

Neste sentido, nas hipóteses em que os trabalhadores são submetidos a revistas pessoais e em seus bens, estão em causa, de um lado, o direito do empregador de proteger o seu patrimônio, e de outro, o direito do trabalhador à intimidade de sua vida privada e de sua integridade física e moral. Desta colisão de direitos, questiona-se sobre a possibilidade de realização de revistas no ambiente de trabalho e dos

¹⁷⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho...* cit., p.148.

limites envolvidos no processo. Neste aspecto, o Código do Trabalho é silente, embora tutele a intimidade do trabalhador e a integridade moral e física.

De início, é necessário o estabelecimento de uma distinção entre revistas íntimas e revista nos pertences do trabalhador. A primeira delas é aquela realizada no corpo do trabalhador, no sentido de averiguar a existência do furto de objetos anexos no corpo e nas roupas do trabalhador. Já a segunda das hipóteses consiste na revista aos bens e pertences do trabalhador, nomeadamente bolsas e mochilas. Não obstante o corpo, os bens e os pertences do trabalhador sejam integrantes de sua esfera privada e proteção quanto a violação, não se justifica tutelar bens e pertences da mesma maneira que o corpo. Decerto, a intimidade corporal merece uma proteção acrescida, sobretudo porque os efeitos de uma eventual violação são potencialmente maiores se comparados à violação dos bens e pertences.

Já no Brasil, prevalece a distinção entre revistas íntimas e revistas em pertences. Em regra, não se admite a realização de revistas íntimas a trabalhadores. A proibição tem fundamento nos princípios constitucionais da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5.º, X, da CFRB), e da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CFRB). No âmbito infraconstitucional, embora não exista uma proibição geral ao recurso das revistas íntimas, a legislação trabalhista estabelece a vedação à revista íntimas nas trabalhadoras (art. 373-A, VI da CLT). Em alteração legislativa recente, o texto foi ampliado para que abrangesse a proibição à revista íntima de clientes do sexo feminino, cuja previsão foi feita na sequência do aumento nos índices de assédio sexual em relação a mulheres no Brasil, fator que também se observa no local de trabalho. Lado outro, a revista nos pertences do trabalhador parece ser admitida jurisprudencialmente, porquanto não é considerada revista íntima. Ainda assim, é ausente previsão específica a esse respeito¹⁸⁰.

Tecidas estas considerações, é possível a recondução do tema das revistas pessoais, quer sejam íntimas ou nos pertences do trabalhador, à legislação laboral vigente. Considerando a tutela laboral existente sobre os direitos de personalidade

¹⁸⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 16. ed. rev. e ampl., São Paulo: LTr, 2017, p. 731

do trabalhador (arts. 14.º ss. do CT), a vedação à exigência de informações relativamente a vida privada do trabalhador (art. 17.º, n.º 1 do CT) a expressa menção à integridade moral e física do trabalhador (art. 15.º do CT), entendemos serem inadmissíveis quaisquer formas de revista pessoal em trabalhadores.

Segundo MENEZES LEITÃO¹⁸¹, admite-se a revista como medida excepcional em que existirem indícios graves quanto a prática criminosa no ambiente laboral. Assim, por exemplo, na sequência de um furto ocorrido no estabelecimento, seria admissível ao empregador que ordene a revista dos trabalhadores. Entendemos, entretanto, que a revista não pode ser realizada por pessoa não tenha sido submetida à formação. Isto é, a pessoa a realizar a revista deve ter passado por alguma preparação especialmente destinada a estes casos, na medida em que o processo é bastante invasivo e deve ser realizado com cautela e limites. Assim, vigilantes que receberam treinamento específico poderiam realizar a revista. Caso contrário, entendemos ser necessária a intervenção de autoridade policial. Ainda assim, a revista deve ser realizada em local discreto, sem a presença de terceiros e por pessoa do mesmo sexo. Caso contrário, entendemos que a possibilidade de revista pessoal fica limitada às autoridades policiais, somando-se a esta hipótese a permissão de tratamento de dados obtidos por meios de vigilância à distância, quando devidamente autorizados pela CNPD e sem prejuízo da legislação vigente, para fins de avaliação de eventual participação em atividade criminosa.

Naturalmente, a violação aos direitos fundamentais e personalidade ensejam o direito à reparação moral e material, sem prejuízo das sanções previstas na legislação criminal. É de se considerar, ainda, se a violação não resulta de uma conduta de assédio ou discriminação no trabalho, sobretudo em razão do sexo, para fins de aplicação das sanções que também prevê a legislação trabalhista.

4.2.6. Vigilância da saúde e do estado de gravidez

¹⁸¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho...* cit., p. 170

Em matéria atinente aos dados relativos ao estado de saúde e de gravidez da trabalhadora prevalecem as disposições acerca da proibição à exigência de testes e exames médicos na constância do contrato de trabalho. É que nestas situações está em causa a proteção às esferas íntima e privada dos trabalhadores. Se por um lado é inadmissível a exigência de testes e exames, bem como informações relacionadas ao estado de saúde e de gravidez do candidato a emprego, o mesmo se pode dizer em relação aos trabalhadores na vigência do contrato de trabalho.

O conhecimento de dados desta natureza pelo empregador gera um risco acrescido aos direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador, na medida em que podem ser utilizados para fins de discriminação e assédio. No Código do Trabalho, esta tutela decorre da conjunção de diversos dispositivos, nomeadamente a proteção à exigência de dados pessoais de saúde e gravidez, no artigo 17.º, número 1, alínea b), a vedação à submissão e exigência de testes e exames médicos no artigo 19.º, e também o direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho do artigo 24.º, a proibição de discriminação do artigo 25.º, a proibição de assédio do artigo 29.º e o dever de informação do artigo 106.º.

Sem prejuízo de outros fatores, a frequência com que as questões relacionadas ao estado de saúde e gravidez aparecem no código revelam o cuidado do legislador em relação a estas informações. No plano comunitário, a matéria é tratada na Diretiva Diretiva 92/85/CEE, Diretiva 2007/30/CE e Diretiva 2014/27/UE.

A proteção à privacidade relativamente a informações de saúde e gravidez encontra limites, também, em matéria relativa a saúde e segurança no trabalho. Isto porque na medida em que tem grande relevância a proteção da privacidade do trabalhador, a proteção de sua saúde e segurança, e a proteção à saúde e segurança de terceiros revelam um grau de importância similar.

Neste sentido, ao tratar da proibição da exigência de informações relativas a saúde ou estado de gravidez do trabalhador, o Código do Trabalho estabelece certas condições e requisitos para que seja afastada essa proteção. O artigo 17.º, número 1, alínea b) e número 2 determina que nestes casos, é necessário o cumprimento simultâneo dos seguintes requisitos:

- particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional justifiquem a exigência de informações relativas a saúde ou estado de gravidez
- seja fornecida justificativa por escrito
- e que as informações sejam prestadas a médico, que não pode revelar o seu conteúdo, limitando-se a atestar a aptidão ou não do trabalhador para a realização da atividade

Assim, é possível que se justifique a exigência de exames médicos periódicos¹⁸² de audiometria a trabalhadores que operem máquinas pesadas e de espirometria a trabalhadores expostos a fumos, por estarem em causa a saúde do trabalhador. Justificam-se também exames médicos periódicos a pilotos de avião e testes de diagnóstico do vírus HIV a um enfermeiro instrumentista, por estar em risco a segurança e a saúde do trabalhador e de terceiros e de testes de gravidez a mulheres que trabalhem em condições altamente insalubres como as funções que as exponham a radiações não ionizantes, agentes químicos e biológicos.

De outro lado, é recomendável, em atenção ao cumprimento do dever de informação que tem o trabalhador em relação ao empregador, que o empregado comunique ao empregador, sobretudo quando orientado por médico, a existência de condições de saúde supervenientes que requeiram algum tipo de tratamento diferenciado voltado à proteção da saúde ou segurança do trabalhador ou, ainda, da saúde ou segurança de terceiros, nomeadamente a mulher que, laborando em condições insalubres, fique grávida, ou do motorista que passa a fazer uso de medicação que o impeça de conduzir veículos automotores.

Em relação ao contrato de trabalho do praticante desportivo, a natureza da prestação laboral impõe uma aproximação entre os aspectos da vida privada do trabalhador, no que diz respeito à saúde, e a vida profissional. Trata-se de uma limitação, decorrente da Lei, ao direito à reserva da intimidade da vida privada¹⁸³. De tal sorte que se verifica a constante submissão do trabalhador a testes e exames médicos, e a dietas específicas com vistas à melhora garantia da saúde do atleta,

¹⁸² MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho... cit.*, p. 468.

¹⁸³ DRAY, Guilherme in: MARTINEZ, Pedro Romano et. al. *Código do Trabalho Anotado... cit.*, p. 14

embora sejam também destinados à melhora da aptidão física e incrementos de performance e rendimento.

A previsão decorre expressamente do regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo, Lei n.º 54/2017, de 14 de Julho, em suas alíneas b) e c) do artigo 11.º, alínea d) do artigo 13.º e n.º 2 do artigo 32.º. A legislação revoga a Lei n.º 28/98, que trazia previsão semelhante. Trata-se de mais uma exceção à proibição à submissão e a exigência de testes e exames médicos, fundada, sobretudo, na proteção à saúde e a segurança do empregador. Neste caso, é importante atentar para o fato de que a Lei estabelece um ônus bilateral na medida em que é dever da entidade empregadora a submissão do trabalhador a testes e exames e, ao mesmo tempo, dever do trabalhador de submeter-se a esses testes. Em virtude disto, entendemos ser dispensável o fornecimento de justificativa por escrito, nos moldes do Código do Trabalho, embora, em virtude da omissão legislativa, entendemos serem aplicáveis as regras atinentes ao sigilo quanto as informações relacionadas à saúde e a prestação destas informações ao médico¹⁸⁴.

4.3. A privacidade do trabalhador fora do ambiente de trabalho

4.3.1. Os tempos de não trabalho, o direito à desconexão e a vida privada do trabalhador

Consideram-se tempos de não trabalho aqueles nos quais o trabalhador não executa a prestação laboral ou, ainda, aqueles nos quais o trabalhador não se encontra à disposição do empregador. São estas as situações de descanso diário, descanso semanal, dos feriados, das férias e das faltas, que permitem, dentre outros, a conciliação da vida profissional com a vida privada do trabalhador, que aqui se traduzem na vida pessoal e familiar. A matéria dos tempos de não trabalho, por certo, está intrinsecamente ligada à ideia de tempos de trabalho, consubstanciada

¹⁸⁴ DRAY, Guilherme Machado in: MARTINEZ, Pedro Romano. *Justa Causa... cit.*, p. 58

no tempo em que o trabalhador exerce a sua atividade laboral ou fica à disposição do empregador para a execução de sua atividade¹⁸⁵.

No aspecto da vida privada, naturalmente, se enquadram a vida pessoal e familiar, o descanso e a saúde. Disto decorre a relevância dos tempos de não trabalho na vigência do contrato, porquanto são estes períodos que possibilitam ao trabalhador a articulação de suas necessidades extra laborais. É certo que durante a prestação laboral o trabalhador pode praticar atividades relacionadas à sua vida privada, embora com recomendável moderação, a exemplo da troca de mensagens de caráter pessoal (cujas quais tem proteção relativamente ao acesso pelo empregador). Ainda assim, diversos aspectos da vida privada do trabalhador só podem ser postos em prática externamente ao ambiente laboral, a exemplo das consultas ao médico, o relacionamento com a família, o lazer, a formação acadêmica, a vida afetiva e sexual, as práticas religiosas e o próprio repouso.

Neste sentido, o direito ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas é garantido no artigo 59.º, n.º 1, alínea d) da CRP. A norma constitucional incumbe ao Estado, ainda, a fixação dos limites nacionais da duração do trabalho e o desenvolvimento de uma rede de centros de repouso e de férias, em cooperação com organizações sociais (art. 59, n.º 2, alíneas b) e e)). Mais ainda, a Constituição estabelece previsão no sentido de garantir a organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar (art. 59.º, n.º 1, b)) e da incumbência do Estado do desenvolvimento de políticas setoriais no sentido da conciliação da atividade profissional com a vida familiar¹⁸⁶.

No Código do Trabalho, a efetivação dos direitos previstos no artigo 59.º, n.º 1, d) é realizada por intermédio de normas que especificam questões relativas aos limites diários e semanais da jornada de trabalho (art. 203.º), da determinação do

¹⁸⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p.517-525.

¹⁸⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p.526

horário de trabalho com vistas ao respeito da saúde e segurança do trabalhador (art. 212.º, n.º 2 a), do tempo mínimo de repouso diário (art. 214.º), dos limites e condições do trabalho noturno e por turnos (art. 222.º e ss.), do descanso compensatório após o trabalho suplementar (art. 229.º), do descanso semanal (art. 232.º e ss.) e anual (art. 237 e ss.)¹⁸⁷.

Ainda, relativamente à garantia de conciliação da vida profissional com a vida pessoal e familiar são as regras aplicáveis às trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes, bem assim dos pais de filhos recém-nascidos.

No primeiro dos casos, às trabalhadoras grávidas é concedido o direito à ausência para fins de realização de exames médicos de acompanhamento pré-natal (art. 46.º do CT), licença em situação de risco clínico durante a gravidez (art. 37.º), licença por interrupção da gravidez (art. 38.º) e licença parental inicial antes do parto (art. 41.º, n.º 1). Soma-se a isto o estabelecimento de limites relativamente ao tempo de trabalho durante a gravidez, o puerpério e a amamentação, relativamente a dispensa à prestação de trabalho organizado, banco de horas, horário concentrado, trabalho suplementar e trabalho noturno (arts. 58.º, 59.º e 60.º).

Já em relação às trabalhadoras no período após o parto, a licença de maternidade, atualmente denominada licença parental (art. 40.º s.s.), vem justamente no sentido de conceder à trabalhadora o direito de repouso, manutenção de saúde e contato com o filho recém-nascido para fins de educação, acompanhamento ao médico pediatra, amamentação e aleitamento. Relativamente ao período posterior à licença parental, o Código do Trabalho prevê o direito à dispensa para amamentação ou aleitamento (arts. 47.º e 48.º) e falta para assistência a filho, nomeadamente em casos de doença, acidente, doença crônica (art. 49.º).

A legislação trabalhista atual também garante ao pai a licença parental exclusiva do pai (art. 43.º). A ele são extensíveis as regras sobre a possibilidade de faltas para assistência a filho em razão de doença, acidente ou deficiência (art. 49.º) e licença parental complementar (art. 51.º). A extensão destas licenças bem assim a adoção

¹⁸⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p.526 e 527

do termo parentalidade representam simultaneamente o resultado e o incentivo ao reconhecimento da igualdade de papéis entre homens e mulheres na criação dos filhos e nas tarefas domésticas, atribuições tradicionalmente vinculadas à figura da mulher.

A matéria da conciliação da vida profissional com a vida familiar no caso das trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes é tratada, também, no âmbito comunitário. Assim é a Diretiva 92/85/CEE, de 19 de Outubro, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho. Em relação aos pais, a licença parental é abordada pela Diretiva 96/34/CEE, de 3 de Junho e a Diretiva 2010/18/UE, de 8 de Março, relativa licença parental aquando do nascimento ou adoção de um filho. Cabe mencionar, também, a Resolução do Conselho, de 29/06/2000, relativamente à igualdade de participação de homens e mulheres na atividade profissional e familiar, de modo a permitir a manutenção equilibrada dos papéis na criação dos filhos e na manutenção da casa¹⁸⁸.

Na sequência do que foi desenvolvido nas últimas décadas sobre o tema da igualdade e não discriminação, cabe atentar para casos especiais em relação a vida pessoal e familiar. Neste sentido, muito se discutiu acerca da possibilidade de extensão do regime de licenças de maternidade e paternidade aos pais de filhos adotivos. Estes casos têm especial relevo na medida em que é necessário o desenvolvimento de vínculos afetivos entre os pais e o adotando, independentemente de sua idade. O Código do Trabalho já concede expressamente aos pais de filhos adotivos as licenças e dispensas concedidas aos pais de filhos biológicos, no que for compatível, além de estabelecer licenças designadas especificamente para o processo adotivo (art. 44.º a 45.º). A Constituição, no artigo 13.º estabelece o princípio da igualdade, ao mesmo tempo em que veda, no artigo 36.º, n.º 4, a distinção entre filhos e a designação discriminatória em relação à filiação, o que, somado ao efeito da aquisição da situação de filho pelo adotado (art.

¹⁸⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II... cit.*, p. 527-528

1986.^o, n.^o 1 do CC), corroboram a necessidade de extensão da tutela laboral aos pais de filhos adotivos.

Na esteira da igualdade e não discriminação, outro aspecto de relevo é o reconhecimento da existência de outros formatos de família. São disto exemplo as famílias monoparentais e as famílias homoafetivas. Embora não se tratem de realidades novas, há um movimento crescente de recondução da situação jurídica desses novos agrupamentos à noção de família tradicionalmente amparada pela legislação. No âmbito comunitário, a questão das famílias monoparentais é mencionada na Diretiva 92/241/CEE, que estabelece serviços de acolhimento às crianças integrantes destas famílias, sobretudo filhas de pais que trabalham. Em Portugal, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo decorreu da Lei n.^o 9/2010, alterada pela Lei n.^o 9/2016. A relevância desse reconhecimento no contexto laboral permite a extensão dos direitos relativos à parentalidade e o contrato de trabalho aos pais solteiros, aos pais de mesmo sexo e, como já referido, aos pais adotivos.

Por fim, é de se considerar a realidade das famílias poligâmicas. Não obstante a poligamia seja vedada pela Constituição, não há de ser ignorada a realidade de trabalhadores estrangeiros oriundos de países nos quais a poligamia é admitida, inclusive por questões religiosas. Nesses casos, entendemos que os aspectos relativos a parentalidade devem ser extensíveis a essas modalidades, também com fundamento no princípio da igualdade e não discriminação.

Aos trabalhadores que integram esses grupos familiares ou que sejam pais de crianças adotivas, naturalmente, são aplicáveis as normas relativas à reserva sobre a intimidade da vida privada, à igualdade e não discriminação, como já referido, e à proibição ao assédio. Sem prejuízo das demais hipóteses, nesses casos, os aspectos relativos à parentalidade, à orientação sexual e às convicções religiosas tem um potencial acrescido de serem utilizados como fatores de discriminação.

Mais recentemente, o apelo ao uso de tecnologias no contexto laboral tem estendido os períodos de trabalho na medida em que o trabalhador se mantém à disposição do empregador ou perpetua a prestação laboral fora do estabelecimento do empregador e nos horários reservados ao lazer e descanso. Por intermédio do e-mail, ligações telefônicas e o acesso remoto às estações de trabalho, o trabalhador

pode realizar a prestação de trabalho mesmo à distância. Em consequência, há uma redução dos tempos não trabalho, que inicialmente se destinariam ao descanso, ao repouso e à saúde, em detrimento de uma prestação de trabalho suplementar e a disponibilização continuada da mão de obra ao empregador.

Em atenção a esta realidade, na França, entrou em vigor a Lei n.º 2016-1088, de 8 de Agosto, que dentre outros aspectos voltados especificamente à modernização da legislação trabalhista. A Lei estabelece a alteração do artigo L2242-8 do Código do Trabalho francês para incluir o parágrafo 7º, relativamente ao direito de o trabalhador se desligar do trabalho nos tempos de descanso, e a negociação entre o trabalhador e a empresa quanto à comunicação fora do horário de trabalho. A Lei prevê ainda, às empresas, o uso do monitoramento do tempo de uso dos dispositivos eletrônicos para garantir o cumprimento dos períodos de descanso e licença e o respeito à vida pessoal e familiar do trabalhador. Trata, ainda, da adoção de ações positivas com vistas à conscientização do recurso às ferramentas digitais. Neste sentido, entendemos que a Lei opera sob duas perspectivas: a primeira diz respeito à limitação às possibilidades de comunicação do empregador com o trabalhador nos horários de descanso e a segunda trata do incentivo à utilização responsável dos recursos digitais nestes períodos.

A legislação francesa é pioneira nessa matéria e tem relevância na medida em que torna imperativo o respeito aos tempos de não trabalho do trabalhador, reconhece a existência dessa realidade e incentiva uma relação saudável com as ferramentas eletrônicas. Contudo, embora não exista uma menção específica em relação à desconexão do trabalhador no Código do Trabalho, a aplicação de preceitos semelhantes com a legislação atual sempre foi possível. Isto porque, a nosso ver, a constante conexão do trabalhador com as ferramentas de trabalho fora dos horários fixados pode ser reconduzida, ainda que de não seja de forma automática, às regras atinentes ao trabalho suplementar e ao tempo à disposição, as quais encontram limitações na legislação relativamente ao limite de horas suplementares prestadas diariamente ou semanalmente, ou à limitação do tempo à disposição e suas consequências na remuneração do trabalhador. Ainda assim, a positivação de um direito à desconexão, juntamente com a adoção de ações de

conscientização e medidas de garantia dos tempos de lazer, repouso e respeito à vida pessoal e familiar são bem-vindas.

Novamente, no que diz respeito à privacidade, o exercício de uma efetiva desconexão do trabalhador da prestação laboral e das ferramentas digitais a ela vinculadas torna menos suscetível de violação os aspectos de sua vida privada.

4.3.2. Redes sociais do trabalhador e a internet

Na sequência do que foi tratado acerca das redes sociais e da privacidade dos candidatos a emprego, cumpre-nos avaliar os impactos da utilização das redes sociais pelo trabalhador na vigência do contrato de trabalho. Neste aspecto, temos a analisar duas realidades distintas, sendo a primeira a do trabalhador que utiliza as redes sociais como instrumento de trabalho e a segunda relativa ao trabalhador faz uso de redes sociais fora do contexto do contrato de trabalho. Relativamente a este último caso, optamos por tratar de forma abrangente “fora do contexto do contrato de trabalho” em virtude da existência de trabalhadores que fazem uso das redes sociais não apenas com fim recreacional, mas nomeadamente para o desenvolvimento de atividades paralelas ao contrato de trabalho, como a venda de produtos artesanais pela internet ou a para procura de novas oportunidades de trabalho.

No tocante ao primeiro dos casos, é cediço que as redes sociais se consolidaram como um espaço de divulgação de marcas e interação com o público, similarmente ao que ocorreu no passado com o jornal, o rádio e a televisão. A publicidade paga e direcionada nas redes sociais, atualmente, constitui a fonte primária de recursos nestas redes. Ao mesmo tempo, estudos demonstram a efetividade da utilização destas ferramentas na influência dos consumidores, sobretudo em virtude da proximidade e da possibilidade de interação com o público alvo. Em virtude disto, as empresas têm investido em se tornar presentes nas redes sociais, quer seja com a utilização de recursos de mão de obra próprios ou terceirizados.

Fato é que a utilização de redes sociais como ferramenta de trabalho já constitui uma realidade. Os profissionais dedicados a esta função podem, nomeadamente, criar textos, imagens, áudio e vídeo destinados a promover um determinado

conceito, uma ideia ou uma marca para exposição nas redes sociais, bem assim trabalhar na utilização das redes sociais como canal de comunicação com o cliente¹⁸⁹.

É possível que parte deste trabalho nas redes sociais seja realizado, a mando do empregador, nas redes sociais do próprio empregado, geralmente com o intuito de influenciar outros consumidores, ampliar o alcance de determinado conteúdo ou de agregar valor à marca¹⁹⁰. Embora este não seja um recurso comum, porquanto o empregador pouco se beneficia da imagem do trabalhador ordinário, não é de se ignorar que há casos em que o trabalhador goza de influência a certa medida que se torna útil a vinculação da imagem do trabalhador à do empregador. Como exemplo, citamos a figura dos artistas de televisão e teatro, os praticantes desportivos e pessoas que por um determinado motivo tenham um grande número de utilizadores como subscritores do conteúdo produzido por elas nas redes sociais¹⁹¹.

Em todos estes casos, especialmente aqueles com envolvimento de figuras públicas¹⁹², a eventual cedência de espaço nas redes sociais do trabalhador ao empregador não viola, em princípio, os direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador. Neste aspecto, é possível que sejam aplicáveis as regras mencionadas anteriormente acerca do direito de imagem nos casos em que há consentimento, uma vez que o “perfil”¹⁹³ nas redes sociais do trabalhador é justamente um retrato da imagem que ele opta por tornar pública.

¹⁸⁹ Muito do que se tratou sobre a divulgação de conteúdo midiático pelos trabalhadores em nome de uma determinada marca é realizado no perfil da própria empresa. Isto é, o conteúdo produzido ou a interação realizada pela empresa com o cliente ou consumidor é feita em nome da empresa, que pode ou não coincidir com o empregador. Neste caso, referimo-nos às interações que não são realizadas em nome do trabalhador.

¹⁹⁰ Não se trata do dever de lealdade que tem o trabalhador em relação ao empregador, que o impede moralmente de difamar o empregador, mas uma efetiva utilização do perfil do trabalhador a favor do empregador.

¹⁹¹ Trata-se do conceito de “seguidor”, típico de algumas redes sociais, cuja sistemática envolve a subscrição que um utilizador faz em relação ao perfil de outro utilizador com o intuito de ter acesso e receber o conteúdo produzido por este na rede social, nomeadamente fotos, textos e vídeos.

¹⁹² Especificamente sobre o direito de imagem no contrato de trabalho, trataremos no item 4.6.3.

¹⁹³ A lógica do funcionamento da grande maioria das redes sociais passa pela criação de uma identidade virtual, comumente chamada de “perfil”, que será usado para a identificação do utilizador durante a interação, nomeadamente a publicação de um conteúdo audiovisual, o envio de uma mensagem a outro utilizador e assim por diante. Similarmente, a sistemática da criação de identidades virtuais é aplicável às marcas, que a identificará em todas as suas interações.

Há casos, também, em que o empregador não se vale das redes sociais do trabalhador com o intuito de promoção da marca, mas propriamente como ferramenta de trabalho. É o caso, por exemplo, dos profissionais envolvidos no recrutamento e seleção de trabalhadores através de redes sociais. Comumente, esses profissionais utilizam seus perfis pessoais para realizar a busca e seleção de candidatos, por vezes com o intuito de manter sigilosa a empresa que faz a oferta de emprego. Como também já foi mencionado em matéria relacionada às redes sociais dos candidatos, há casos em que os recrutadores encaminham solicitações de amizade aos candidatos para que tenham acesso as informações de seus perfis pessoais, embora este processo também exponha o perfil do recrutador ao candidato. Isto implica que estes profissionais têm limitada a sua liberdade de utilização das redes sociais, porquanto as informações ali publicadas podem impactar negativamente a imagem da empresa ou, de modo diverso, expor aspectos de sua vida privada a pessoas indesejadas, fora de seu círculo de relacionamento pessoal.

Tendo em consideração que, nestes casos, a limitação aos direitos de personalidade se dá de forma voluntária pelo trabalhador, entende-se que devem ser estabelecidos limites à intromissão do empregador nestas redes. Entendemos que a lógica seria similar àquela tratada em matéria de vigilância nos correios eletrônicos, de modo que o empregador fica restrito ao acesso de informações pertinentes às atividades do recrutador, nomeadamente as mensagens que troca com os candidatos e as vagas que porventura publicar. Já o conteúdo de caráter pessoal não pode ser acessado em hipótese alguma, sob pena de estar-se violando o direito à reserva da intimidade sobre a vida privada do trabalhador, bem assim em conformidade com o que dispõem os artigos 22.º e 16.º do Código do Trabalho. A considerar, ainda, a existência de informações de cunho não profissional nestas redes, entendemos também ser impossível ao empregador que solicite as credenciais de acesso, i.e., o nome de usuário e a palavra-passe, ao trabalhador.

Fora do contexto do contrato de trabalho, as redes sociais podem ser utilizadas com inúmeras finalidades, desde a recreação até o desenvolvimento de uma atividade profissional paralela. Neste sentido, tratamos de todo uso que não se relaciona ao âmbito do contrato de trabalho, quer seja dentro ou fora do

estabelecimento físico onde se presta a atividade laboral. Através de seus espaços nestas redes, os trabalhadores podem desenvolver a sua individualidade, tornar público aspectos de suas vidas que entendem ser relevantes, praticar o relacionamento interpessoal, defender causas e interesses, dentre outros. Contudo, por se tratar de informações que são tornadas públicas, podem ter efeito o âmbito do contrato de trabalho.

Em 2014, o Tribunal de Relação do Porto, à unanimidade, negou provimento ao recurso de um trabalhador que havia tido sua impugnação de regularidade e ilicitude de despedimento julgada improcedente¹⁹⁴. O trabalhador havia sido despedido por justa causa após ter feito diversas publicações em um grupo¹⁹⁵ na rede social Facebook relativamente à organização e a vida interna da sociedade, cujo conteúdo foi considerado capaz de causar desabono e difamação do empregador, de colegas de trabalho e de superiores hierárquicos. O grupo tinha caráter privado, composto por mais de 140 integrantes, que trabalham ou trabalharam na empresa. Destes, nem todos participavam do círculo de amizade íntima do autor das postagens. De tal modo, o caráter secreto do grupo é mitigado porquanto os laços de confiança não são estreitos o suficiente. É presumível, portanto, que as declarações lançadas naquele espaço podem se perder do controle de quem as escreveu a ponto de serem copiadas e partilhadas a terceiros fora do contexto do grupo. De fato, houve o extravasamento dos textos publicados, que chegaram ao conhecimento dos empregadores e fundamentaram a justa causa de despedimento.

A análise casuística importa à análise na medida em que diferencia o que é tornado público a um número considerável de pessoas e aquilo que é declarado em mensagens privadas a poucas pessoas, com as quais se mantém uma relação de

¹⁹⁴ Ac. 101/13.5TTMTS.P1 do TRP, de 08 de Setembro de 2014, disponível em www.dgsi.pt, também citado em DRAY, Guilherme in: MARTINEZ, Pedro Romano et. al. *Código do Trabalho Anotado...* cit., p.149

¹⁹⁵ O “grupo” é outro elemento típico de algumas redes sociais. Trata-se de um espaço no qual os utilizadores se reúnem, separadamente daqueles que não o integram, para a partilha e a discussão de determinados temas. Atualmente estão disponíveis ferramentas de privacidade nestes grupos através das quais é possível tornar o grupo privado ou secreto, isto é, a visualização da existência do grupo ou de seu conteúdo ficam restritos aos utilizadores que o integram.

fidúcia. Ora, as informações tornadas públicas na internet, sobretudo quando disseminadas a várias pessoas, já não gozam de uma expectativa de privacidade, uma vez que podem ser copiadas, partilhadas, impressas, capturadas por motores de busca, memórias “cache” de navegadores e servidores¹⁹⁶, espelhos¹⁹⁷, dentre outros. Assim, existe um risco concreto de que aquilo que se coloca nas redes sociais venha a ser tornado do conhecimento dos empregadores, motivo pelo qual é ônus do empregado o zelo pela informação que disponibiliza.

Similarmente aos demais exemplos, é certo que se mantém intacta a tutela laboral aplicável à proteção contra a discriminação e o assédio no trabalho, motivo pelo qual as informações disponibilizadas na internet, ainda que cheguem ao conhecimento do empregador ou colegas de trabalho não podem ser tornadas fatores de discriminação, nos termos dos artigos 23.º e 24.º do Código do Trabalho. Embora tenhamos advogado pela inexistência da expectativa de privacidade destes dados quando expostos nas redes sociais, entendemos que o empregador ainda assim não pode solicitar ao trabalhador o acesso a estas informações, sob pena de violação ao artigo 17.º, n.º1, a) do Código do Trabalho, que trata da proibição à exigência de dados da vida privada.

4.4. A discriminação e assédio no âmbito laboral

Tecidas as considerações acerca da discriminação do candidato a emprego, sem prejuízo do que será tratado em matéria de cessação do contrato de trabalho adiante, cumpre-nos verificar as formas de discriminação e assédio no local de trabalho.

¹⁹⁶ Cache (ou *cache memory*) é uma memória de armazenamento temporário de dados utilizada pelo computador ou por um servidor intermediário para evitar o carregamento de dados que são utilizados com frequência do servidor de origem. Trata-se de uma estratégia para tornar os dados locais ou mais próximos do destino, a fim de melhorar a disponibilidade das informações e, por conseguinte, diminuir o tempo de carregamento das páginas de internet. Nesse processo, é possível que informações que já tenham sido apagadas de uma determinada página continuem armazenadas no cachê.

¹⁹⁷ Como estratégia para a prevenção de falhas e perda de dados, os servidores de dados lançam mão de espelhos (ou *mirrors*), cuja função é manter cópias redundantes de dados para que sejam utilizadas em caso de falhas. Similarmente ao cache, é possível que uma informação que já tenha sido apagada possa ainda estar armazenada em outro servidor espelho.

Como já referido, o conceito de discriminação é de difícil aceção. A tanto, a sistemática do Código do Trabalho passa pela caracterização de fatores discriminação (art. 24.º do CT), a delimitação do que não se considera discriminação (art. 25.º, n.º 2 do CT) e a posterior categorização da discriminação em discriminação direta e discriminação indireta (art. 23.º n.º 1 e 2). Sem prejuízo do que será tratado adiante acerca do assédio, o conceito de discriminação é suportado pelo princípio da igualdade (e não discriminação). O artigo 25.º do Código do Trabalho estabelece uma proibição geral à prática de discriminação direta ou indireta ao trabalhador¹⁹⁸.

Em regra, as situações de discriminação impõem ao discriminado um tratamento diferenciado, de cunho negativo, em relação à outra pessoa em condições semelhantes, ou lhe coloque em posição de desvantagem, em ambos os casos, com fundamento fatores de discriminação, nomeadamente a idade, o sexo, a orientação sexual, o estado civil, as crenças e convicções filosóficas e religiosas, dentre outros. Esses fatores são relativos, em regra, a aspectos da vida privada do trabalhador, especificamente em relação às suas esferas íntima e privada.

Acrescem à tutela da proibição ao tratamento discriminatório as disposições no Código relativas à inversão do ônus da prova (art. 25.º n.º 6 do CT), que se aplica também às regras sobre discriminação em razão da parentalidade (art. 25.º n.º 6 do CT) e, como será demonstrado adiante, às regras relacionadas ao assédio discriminatório (art. 29.º, n.º 2 do CT). Mais ainda, são estabelecidas proibições relativamente a retaliação do trabalhador que rejeite ou se submeta a ato discriminatório (art. 25.º, n.º 7) e medidas de ação positiva no sentido de permitir a adoção de tratamento diferenciado em relação a certos grupos com o objetivo de garantir o exercício dos direitos previstos na lei ou corrigir situação de desigualdade (art. 27.º)¹⁹⁹.

¹⁹⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p.172

¹⁹⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p.176-179

Por fim, como medida de efetivação desta tutela, o Código do Trabalho recomenda, ainda, que as convenções coletivas implementem medidas atinentes à promoção da igualdade e não discriminação no trabalho (art. 492, n.º 2, d)), atribuindo à CITE a apreciação da legalidade das suas disposições em matéria de igualdade e não discriminação (art. 479.º)²⁰⁰.

À vítima de ato discriminatório é garantido o direito à indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais, por força da disposição expressa do artigo 28.º do Código do Trabalho. Naturalmente, a reparação civil do ilícito oriundo do ato discriminatório não obsta a responsabilização administrativa e criminal.

O segundo aspecto a ser tratado diz respeito ao assédio no ambiente laboral. Para além desta denominação, o assédio também é tratado como assédio moral, terror ou terrorismo psicológico e mobbing, cujo termo se adota com mais frequência. Este último termo foi cunhado por Heinz Leymann, psicólogo alemão que se dedicou à pesquisa do assédio moral. Em suma, o assédio moral ou mobbing²⁰¹ correspondem a um comportamento persecutório no ambiente de trabalho. O assédio, antes demais nada, tem fundamento no princípio da igualdade e não discriminação, na medida em que o ofendido é colocado em uma posição de inferioridade em relação aos demais²⁰².

Segundo MARIA REGINA REDINHA²⁰³, o atual estágio e configuração das relações laborais, correspondentes à “intensificação dos ritmos de trabalho, a gestão por objetivos, a pressão competitiva, a fungibilidade de mão-de-obra, o distanciamento e anonimato da direcção da empresa e os vínculos precários”, são fatores que contribuem para o aumento das práticas de assédio no trabalho. Já em 1996, uma pesquisa²⁰⁴ realizada no âmbito do trabalho na União Europeia levantou os seguintes dados: 4% (6 milhões) de trabalhadores já foram sujeitos a violência

²⁰⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p.178.

²⁰¹ Em alguns casos, o *mobbing* é referido, também, como “*workplace bullying*”.

²⁰² REDINHA, Regina. *Assédio Moral ou Mobbing no Trabalho* in Estudos em Homenagem ao Professor Raul Ventura, Coimbra: Coimbra Ed., 2003, disponível em www.cije.up.pt

²⁰³ REDINHA, Regina. *Assédio Moral...* cit., p. 2

²⁰⁴ Sobre a pesquisa, conferir relatório da OIT em https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_007970/lang--en/index.htm

física, 8% (12 milhões) foram sujeitados à intimidação e bullying, e 2% (3 milhões) de trabalhadores se viram diante de situações de assédio sexual.

Na legislação, o assédio moral e o mobbing são reconduzidos ao artigo 29.º do Código do Trabalho, que aborda a proibição do assédio. O assédio é assim compreendido como prática destinada a perturbar ou constranger a pessoa ofendida, afetar-lhe a dignidade ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. Assim, de antemão, podemos identificar três figuras de assédio²⁰⁵:

- Assédio moral discriminatório, consubstanciado na prática de assédio baseada em fator de discriminação, a exemplo daqueles elencados no artigo 24.º do Código do Trabalho;
- Assédio moral não discriminatório, relativamente à prática que, embora não baseada em fator de discriminação, tenha como efeitos os mencionados no parágrafo anterior (humilhação, perturbação, intimidação, etc.)
- Assédio sexual, relacionado ao comportamento de caráter sexual, praticado verbalmente ou não, ou ainda fisicamente, e que tem como efeitos os mencionados anteriormente.

A redação original do Código do Trabalho criava dificuldades à efetivação da tutela sobre o assédio. O artigo 29.º apenas delimitava o que se entendia por assédio e determinava que a violação desses preceitos constituiria contra-ordenação muito grave. Faltava, entretanto, uma expressa proibição geral da prática de assédio. Neste sentido, somente em 16 de agosto de 2007, a Lei n.º 73/2017 alterou a organização do artigo 29.º de modo que o número 1 agora era expresso em tornar proibida a prática de assédio. Mais ainda, tornou claro o direito da vítima ao direito de indenização, nos moldes do artigo 28.º, e estabeleceu uma proteção ao denunciante e às testemunhas contra sanções disciplinares por declarações emitidas em processo judicial ou administrativo, em que se apure a ocorrência de assédio.

Questiona-se, também, se são aplicáveis as regras relativas à inversão do ônus da prova nas situações de assédio, nos moldes do que fora previsto em matéria de

²⁰⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p. 184.

igualdade e não discriminação no n.º 5 do artigo 25.º do Código do Trabalho, na medida em que, ao contrário do Código de 2003, o assédio não é mais formalmente considerado uma forma de discriminação. Já em relação ao assédio discriminatório, parece ser positiva a resposta, uma vez que esta forma é, nada mais, uma forma de assédio²⁰⁶.

De toda sorte, a conduta praticada com base em fator de discriminação ou não, ou ainda de carácter sexual, pelos seus efeitos, causa danos aos direitos fundamentais e de personalidade da pessoa ofendida. Dentre os efeitos, a depender da intensidade com que são praticadas as agressões, é possível o surgimento de patologias psíquicas, psicossomáticas e sociais, cujos efeitos vão da queda no desempenho, o stress e a depressão ao suicídio.

O Código também não menciona se a conduta de assédio é somente aquela praticada pelo empregador em relação ao trabalhador. A omissão, entretanto, permite que se qualifique como assédio a conduta realizada, também, entre trabalhadores. Já a figura de assédio praticado por trabalhadores em relação ao empregador não é de relevante consideração na medida em que o trabalhador se encontra em posição de hipossuficiência em relação ao empregador.

MARIA REGINA REDINHA²⁰⁷, nesse aspecto, afirma que as condutas assediantes podem ser divididas em cinco grupos:

- Comportamentos relativamente à capacidade de comunicação da vida como críticas excessivas, silêncios injustificados dentre outros;
- Comportamentos de isolamento social ou físico do trabalhador;
- Comportamentos destinados à degradação moral da vítima como a propagação de rumores difamatórios e vexatórios ou a submissão da vítima a situações humilhantes ou embaraçosas;
- Comportamentos que visam a neutralização da capacidade de trabalho da vítima como o esvaziamento de tarefas, a alteração para funções de valor inferior, o controle e vigilância excessivos e a aplicação excessiva de sanções disciplinares;

²⁰⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p.186

²⁰⁷ REDINHA, Regina. *Assédio Moral...* cit., p. 11-12

- Comportamentos que atentam diretamente contra a saúde físico e psíquica do trabalhador como a submissão a tarefas perigosas, extenuantes ou impossíveis e o próprio assédio sexual.

Outro fator a ser considerado é a de que o assédio não necessariamente tem de ser praticado num contexto interpessoal. A doutrina dá conta de situações em que existe uma coletividade de agentes direcionados a degradação e a humilhação moral de um determinado trabalhador, sobretudo quando estão em causa fatores de discriminação tais quais a orientação sexual, a raça, a etnia e as convicções religiosas.

No âmbito comparado, o assédio moral também surge como figura tutelável no ordenamento brasileiro. Na ausência de uma definição legislativa, parte-se da construção doutrinária e jurisprudencial de que o assédio moral corresponde a uma conduta praticada, quer seja por meio de gestos, atos, palavras ou silêncios significativos “que visem ao enfraquecimento e diminuição da autoestima da vítima ou a outra forma de desequilíbrio e tensão emocionais graves”²⁰⁸. Nesse ordenamento, o assédio moral tem como característica, também, o elemento da reiteração da conduta. Isto é, para que seja considerado o assédio moral, o ato danoso deve se repetir ao longo do tempo²⁰⁹, o que não impede que, na ausência da reiteração, sejam indenizáveis os atos ilícitos cometidos individualmente.

Em Portugal, o caráter continuado da conduta aparece relativamente em relação ao assédio moral de caráter não discriminatório²¹⁰, como assim também reconhece a jurisprudência²¹¹.

Alguma doutrina e jurisprudência dão conta, também, de realidades que emergem da motivação da conduta do assédio: o assédio emocional ou psicológico e o assédio estratégico. O primeiro trata da prática de condutas voltadas à obtenção

²⁰⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho... cit., p. 1375

²⁰⁹ A doutrina também não estabelece um critério temporal para que se caracterize a reiteração de condutas, bastando que, no caso concreto, se verifique a existência de um elemento de continuidade em relação às agressões, ainda que de naturezas distintas.

²¹⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p.185

²¹¹ Vide Ac. da 1827/11.3TTPRT.P1 do TRP, de 04 de Fevereiro de 2013, disponível em www.dgsi.pt

de um efeito psicológico no assediado, intencionado pelo assediante. Já o segundo trata de uma técnica de exercício arbitrário do poder diretivo, que de forma premeditada, coordena a execução de diversas agressões de ordem moral com a finalidade de contornar a proibição ao despedimento sem justa causa, impor ao trabalhador o aceite de determinadas situações laborais menos favoráveis ou para corroborar padrões de cultura, hierarquia e disciplina²¹².

A jurisprudência também vem adotando o entendimento de que é desnecessário o elemento volitivo do agente da conduta de assédio, nomeadamente a intenção de causar hostilidade, humilhação, dentre outros. Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça considerou que, “é dificilmente configurável a existência de (verdadeiras) situações de assédio moral que - no plano da vontade do agente - não imponham concluir que ele [o agente], pelo menos, representou as consequências imediatas da sua conduta, conformando-se com elas”. Mais ainda, dificilmente seria possível admitir que o assédio tenha, em regra, um objetivo minimamente ilícito e eticamente reprovável. De toda forma, é mais efetivo que se verifique a existência de um resultado, em detrimento da busca por um objetivo²¹³.

Assim, conclui-se que enquanto a discriminação diz respeito a uma conduta que imponha um tratamento diferenciado em razão de algum fator de discriminação, o assédio se traduz na conduta cujo objetivo (ou os efeitos) sejam causar à vítima uma situação vexatória, capaz de lhe causar danos de natureza moral e criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.

4.5. Privacidade e justa causa de despedimento

No ordenamento atual, a noção de contrato de trabalho se liga à ideia de estabilidade no emprego, cujo princípio é constitucionalmente garantido. A

²¹² Nesse sentido, conferir Ac. 590/12.5TTLRA.C1.S1 do STJ, de 12 de Março de 2014, e Ac. 217/10.0TTMAI.P1.S1 do STJ, de 12 de Novembro de 2015, disponíveis em www.dgsi.pt. Ver também REDINHA, Regina. *Assédio Moral...* cit., p. 6, nota n.º 10, sobre a existência, ainda, do assédio perverso e assédio institucional

²¹³ Cfr. Ac. 712/12.6TTPRT.P1.S1 do STJ, de 03 de Março de 2014, disponível em www.dgsi.pt

sistemática laboral funda-se na proibição dos despedimentos sem justa causa, de sorte que a denúncia do contrato de trabalho pelo empregador somente terá lugar em situações específicas, objetivamente determinadas, ou quando as peculiaridades do caso justificarem a tomada desta medida, mediante o cumprimento de determinados procedimentos disciplinares²¹⁴.

O status atual da proteção do contrato de trabalho, entretanto, passou por diversas fases, visto que, até a publicação do Decreto-Lei 372-A/75, embora já existisse um regramento especificamente em relação à justa causa, era possível a resolução do contrato de trabalho sem justa causa desde que, dentre outros requisitos procedimentais, fosse concedido aviso prévio e compensação pecuniária. Nesse ínterim, a proibição aos despedimentos sem justa causa também passou a integrar a Constituição de 1976, reforçando por definitivo a garantia da manutenção do contrato de trabalho²¹⁵.

O Código do Trabalho atual reproduz o texto constitucional no artigo 338.º ao mencionar que “é proibido o despedimento sem justa causa ou por motivos políticos ou Ideológicos”, delineando os traços do regime da cessação do contrato de trabalho nos artigos subsequentes. É tornada evidente a proteção ao despedimento sem justa causa na medida em que considera inadmissível o afastamento do regime por instrumento de regulamentação coletiva, cuja abrangência somente alcança a definição dos critérios de indenização, valores e prazos.

As modalidades lícitas de cessação do contrato de trabalho, na sistemática do Código do Trabalho, foram reunidas no artigo 340.º, cuja regulamentação segue-se nos artigos subsequentes. São elas:

- Cessação do contrato de trabalho por caducidade (arts. 343.º ss);
- Cessação do contrato de trabalho por revogação (arts. 349.º ss);
- Despedimento por facto imputável ao trabalhador (arts. 351.º ss);
- Despedimento coletivo (arts. 359.º ss);
- Despedimento por extinção de posto de trabalho (arts. 367.º ss);
- Despedimento por inadaptação (arts. 373.º ss);

²¹⁴ DRAY, Guilherme Machado in: MARTINEZ, Pedro Romano. *Justa Causa...* cit., p. 64

²¹⁵ DRAY, Guilherme Machado in: MARTINEZ, Pedro Romano. *Justa Causa...* cit., p. 65

- Resolução do contrato de trabalho pelo trabalhador (arts. 394.º ss);
- Denúncia do contrato de trabalho pelo trabalhador (arts. 400.º ss).

Como bem assinala MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO²¹⁶, o Código do Trabalho de 2009 procedeu à substituição de expressões tradicionalmente usadas em matéria de cessação do contrato de trabalho. É disto exemplo a tradicional figura do despedimento com justa causa, que passou a ser designada pela expressão “despedimento por fato imputável ao trabalhador”. Segue-se a isto a adoção do termo “despedimento”, às hipóteses em que estiver em causa a resolução do contrato por iniciativa do empregador, e da substituição das referências a “processo” (de despedimento) pela expressão “procedimento”, a fim de reforçar o carácter administrativo da medida.\

Segundo o artigo 351.º, n.º 1 do Código do Trabalho, constitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho. A definição é a mesma contida no Decreto-Lei 64-A/89, de 27 de Fevereiro, que aprovou a Lei dos Contratos de Trabalho, que seguiu inalterada no Código do Trabalho de 2003 (art. 396.º).

GUILHERME DRAY²¹⁷ afirma que o despedimento com justa causa nada mais é do que “a mais grave de todas as sanções disciplinares legalmente admitidas”, sendo, ainda, a única sanção capaz de ensejar a extinção do contrato de trabalho. Neste sentido, a justa causa tem como ponto de partida uma infração disciplinar do trabalhador, praticada mediante a violação culposa dos deveres laborais, e que, de tal maneira, deva ser significativa o suficiente, a considerar a gravidade e as consequências, para tornar inviável a manutenção da relação de trabalho.

Naturalmente, o procedimento de despedimento por justa causa deve atender a critérios de proporcionalidade e legalidade. Neste sentido, o Código determina que, na apreciação da justa causa, deve-se ter em conta o grau de lesão dos interesses do empregador, o carácter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e os seus companheiros e demais circunstâncias que sejam relevantes (art. 351.º, n.º 3 do CT).

²¹⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p.904

²¹⁷ DRAY, Guilherme Machado in: MARTINEZ, Pedro Romano. *Justa Causa...* cit., p.66

A Lei também estabelece, em rol meramente exemplificativo, doze situações cujo comportamento do trabalhador constitui justa causa de despedimento. Dentre eles podemos citar, a título de exemplo, a violação de direitos e garantias de trabalhadores da empresa e a prática de violências físicas, injúrias ou outras ofensas punidas por lei sobre trabalhador da empresa, elemento dos corpos sociais ou empregador individual não pertencente a estes, seus delegados ou representantes.

Importa notar, entretanto, que a prática de um destes comportamentos pelo trabalhador não autoriza o empregador, automaticamente, a proceder ao despedimento por justa causa, porquanto é necessária a avaliação das circunstâncias que envolvem o fato concreto, como aquelas citadas no n.º 3 do artigo 351.º do Código do Trabalho. Mais ainda, em atenção ao n.º 1 do mesmo artigo é necessário que da prática culposa do trabalhador resulte a impossibilidade de manutenção do vínculo, em decorrência de sua gravidade e de seus resultados²¹⁸.

Tecidas essas considerações, verifica-se que a aplicação da justa causa de despedimento deve atender a critérios excepcionalíssimos, porquanto, em regra, a segurança da relação de emprego é tutelada constitucionalmente. Neste sentido, o Código do Trabalho dedicou à Subseção II o tema da ilicitude do despedimento, no qual são reforçados comportamentos por parte do empregador que não podem ser fundantes de um procedimento de despedimento por justa causa, a exemplo do despedimento por motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos. Assim, as regras do artigo 381.º são atinentes à avaliação do fundamento da justa causa, em cujos quais se concentra a nossa análise, e não propriamente do aspecto formal e procedimental, conforme foi reservado aos artigos subsequentes.

Cabe mencionar que os aspectos que justificam a aplicação da sanção de despedimento por justa causa são, em regra, ligados à conduta profissional do trabalhador no âmbito laboral, isto é, relativamente às práticas realizadas pelo trabalhador no local de trabalho e durante o seu turno de trabalho. Disto decorre que as condutas extraprofissionais não são passíveis de serem fundamentos de justa causa, porquanto são frequentemente relacionadas às esferas íntima e privada do

²¹⁸ DRAY, Guilherme Machado in: MARTINEZ, Pedro Romano. *Justa Causa...* cit., p. 68

trabalhador. De outra maneira, o fundamento da justa causa por fatos relativos à intimidade da vida privada do trabalhador deve admitido apenas nas hipóteses em que se verifiquem reflexos significativos em termos de gravidade, na esfera laboral, que justifiquem a aplicação da justa causa em prejuízo do direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador. Com efeito, se por um lado a justa causa é medida excepcional, as hipóteses de aplicação da justa causa por comportamentos extraprofissionais são ainda mais restritas²¹⁹.

Caso assim não o fosse, a possibilidade de aplicação da justa causa fundada em condutas extraprofissionais poderia ser utilizada de forma persecutória em relação ao trabalhador, inclusive como forma de praticar discriminação e assédio no ambiente de trabalho.

Assim, nas hipóteses em que se considerar o recurso à justa causa pela prática de condutas extraprofissionais, em virtude de se tratar de uma colisão de direitos, deve-se verificar, nomeadamente, a existência de um prejuízo ao nome e à imagem da empresa, ou, ainda, um prejuízo significativo na relação de fidúcia havida entre as partes no contrato de trabalho. Em todas as hipóteses, subsiste a necessidade de que a gravidade e os efeitos tornem impossível a continuação da relação de emprego.

É necessário ter em vista, ainda, que determinadas condutas, não obstante tenham sido praticadas por um trabalhador em relação a outro, em local diverso do ambiente laboral e em horário estranho à prestação, prejudicam o bom ambiente de trabalho a ponto de tornar insustentável a manutenção da relação. Essencialmente, são os casos de agressões morais e físicas entre trabalhadores, relacionadas de alguma maneira ao trabalho, e que resultam negativamente no ambiente e no relacionamento laboral.

GUILHERME DRAY, neste aspecto, cita o caso de um trabalhador que agrediu uma colega de trabalho, a cerca de 200 metros do estabelecimento do empregador e após o término do turno de trabalho, em retaliação a uma repreensão aplicada por

²¹⁹ DRAY, Guilherme Machado in: MARTINEZ, Pedro Romano. *Justa Causa...* cit., p. 70

ela à irmã do trabalhador, dias antes. Após a análise do caso, a Relação do Porto decidiu que, ainda que a prática do ato tenha ocorrido fora do local e do tempo de trabalho, em virtude de as agressões terem conexão direta com a relação de trabalho, é lícita a justa causa de despedimento²²⁰.

Cabe avaliar também os aspectos relativos à vida familiar e a parentalidade quanto à possibilidade de serem fundamentos de justa causa. Tratam-se de características relativas à esfera íntima do trabalhador e, portanto, objeto de uma tutela acrescida. Assim, considera-se ilícito o despedimento por justa causa fundado, nomeadamente, na mudança de estado civil, ou nas condições de parentalidade. Ademais, é bom lembrar que esses aspectos são facilmente reconduzidos ao rol não exaustivo de fatores de discriminação do artigo 24.º do Código do Trabalho, cujas condutas do empregador não os podem ter como fundamento, sob pena de caracterização de discriminação ou assédio²²¹.

GUILHERME DRAY²²², entretanto, cita o caso de um professor francês despedido com justa causa em virtude de ter se divorciado. A análise das peculiaridades do caso evidenciou que, em se tratando de um colégio católico, a conduta do trabalhador foi contrária aos preceitos da instituição, fundos na moral católica e no direito canônico. Assim, a manutenção da relação laboral, no caso, consubstanciaria uma contradição em relação aos valores professados pela entidade. O despedimento foi julgado lícito.

Já o estado de gravidez, o nascimento ou a adoção de um filho, o reconhecimento posterior de paternidade não são fundamentos, por si sós, do despedimento com justa causa. Esses aspectos também são alvo de proteção objetiva do Código do Trabalho na medida em que o despedimento de trabalhadora em estado de gravidez, puérpera, lactante ou durante o gozo de licença parental inicial deve ser precedido de parecer da entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres (CITE). Com efeito, é nulo o despedimento de trabalhadora puérpera, grávida, lactante ou em gozo de licença de maternidade inicial sem o parecer respectivo.

²²⁰ DRAY, Guilherme Machado in: MARTINEZ, Pedro Romano. Justa Causa... cit., p.74

²²¹ DRAY, Guilherme Machado in: MARTINEZ, Pedro Romano. Justa Causa... cit., p.74

²²² DRAY, Guilherme Machado in: MARTINEZ, Pedro Romano. Justa Causa... cit., p.75

Por fim, tratamos das condutas da vida privada do trabalhador com relação à orientação sexual e à transexualidade. Similarmente aos aspectos de parentalidade, as questões relacionadas à orientação sexual e à transexualidade são relativas à esfera íntima do trabalhador e, portanto, são assim consideradas invioláveis. São, neste sentido, direitos de personalidade indisponíveis e irrevogáveis, cujos aspectos também são facilmente reconduzidos ao rol não exaustivo de fatores de discriminação do artigo 24.º do Código do Trabalho. Assim é, também, ilícito o despedimento com justa causa fundado em critérios de orientação sexual porquanto constitui motivo ideológico, discriminatório e atenta contra a igualdade e não discriminação no trabalho²²³.

No âmbito comunitário, a questão tratada na Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que aborda tanto as questões relacionadas a discriminação em razão do sexo quanto em relação à orientação sexual, e na Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Julho de 2006, que estabelece uma discriminação direta ou indireta em razão do sexo, nos sectores público e privado.

Ainda a esse respeito, citamos os casos de conversão de sexo. O Tribunal de Justiça da União Europeia, nesse sentido, tem sedimentado o posicionamento de contrariedade aos despedimentos motivados por trabalhadores que realizaram a conversão sexual. Em 1996²²⁴, o Tribunal julgou o caso de um trabalhador do sexo masculino, contratado por um estabelecimento de ensino, que, após ter comunicado a um superior a sua intenção de se realizar o processo de mudança de sexo, iniciou um período denominado “*life test*”, no qual se vestia e se comportava como mulher.

Seguiu-se a isto os primeiros procedimentos de intervenções cirúrgicas, momento no qual recebeu da entidade empregadora um pré-aviso de despedimento sob o fundamento de “excesso pessoal”. Após a análise aprofundada dos fatos, verificou-se que o motivo do despedimento, em verdade, era a intenção que tinha o trabalhador de mudar de sexo. A questão foi ponderada à luz do princípio da

²²³ DRAY, Guilherme Machado in: MARTINEZ, Pedro Romano. Justa Causa... cit., p. 76-78

²²⁴ Ac. C-13/94 do TJUE, de 30 de Abril de 1996, entre P. e S. e Cornwall County Council, disponível em www.curia.europa.eu, acesso em 21 nov. 2018, também citado por DRAY, Guilherme Machado in: MARTINEZ, Pedro Romano. Justa Causa... cit., p. 77

igualdade operado pela Diretiva 76/207/CEE, de 9 de Fevereiro, considerando como premissa, ainda, a definição dada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem acerca do conceito de transexual: *“consideram-se ‘transexuais’ as pessoas que, embora pertencendo fisicamente a um sexo, têm o sentimento de pertencer a outro; tentam muitas vezes aceder a uma identidade mais coerente e menos equívoca sujeitando-se a cuidados médicos e a intervenções cirúrgicas a fim de adaptarem as suas características físicas à sua psique. Os transexuais assim operados constituem um grupo bastante bem determinado e definível”* (acórdão Rees de 17 de Outubro de 1986, série A, volume 106, n.º 38).

Disto decorreu que o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres defendido na Diretiva 76/207/CEE não pode se limitar ao sexo oposto. A considerar os seus objetivos e fundamentos de proteção, deveria também ser aplicável aos casos de mudança de sexo, à exemplo daquele sob análise. Concluiu ainda que “quando uma pessoa é despedida porque tem a intenção de sofrer ou porque sofreu uma mudança de sexo, é objeto de um tratamento desfavorável relativamente às do sexo de que era considerada fazer parte antes desta operação”. Assim, razão diversa não havia na dispensa senão a discriminação em razão da mudança de sexo intentada pelo trabalhador, motivo pelo qual o Tribunal se opôs ao despedimento realizado.

Releva mencionar, também, que não é admissível fundamentar-se o despedimento ou qualquer sancionamento ao trabalhador com base em critérios de saúde. Neste aspecto cabe reprisar que as doenças crônicas e as deficiências são, para todos os efeitos, consideradas fatores de discriminação, de tal forma que não podem ocasionar um tratamento diferenciado, ressalvados os casos em que estiver em questão a tomada de ações positivas com vistas à inclusão e a melhoria de condições de trabalho desses grupos.

Os dados de saúde, nesta medida, são assim considerados integrantes da esfera íntima do trabalhador e, tal como os demais, não são suscetíveis de violação, são protegidos pelo direito de reserva à intimidade da vida privada, são irrevogáveis e irrenunciáveis. Cumpre mencionar, também, a proibição à exigência de informações de saúde e à submissão ou realização de testes e exames de saúde ao trabalhador.

Nesta categoria, mencionamos, também, o sigilo quanto as doenças infectocontagiosas, dentre elas, em especial, a AIDS. Nas décadas finais do século passado, a epidemia do vírus HIV, causador da AIDS, somada à precariedade em termos de estudos e tratamento, além da alta taxa de letalidade, trouxeram um grande estigma de preconceito em relação aos portadores da doença. A desinformação fazia com que se propagassem crenças relacionadas à orientação sexual e as formas de transmissão do vírus que em nada ou pouco tinham a ver com a realidade²²⁵. Seguiu-se a isto a marginalização, a nível mundial, dos portadores do vírus HIV, o que fez com emergissem políticas no sentido de proteção da privacidade do estado de saúde destas pessoas.

Naturalmente, essa proteção alcança o contrato de trabalho. Com efeito, é expressamente proibido ao empregador que submeta ou exija do trabalhador a realização de testes de diagnóstico do HIV. Mais ainda, é considerada, porquanto discriminatória, o despedimento motivado pelo estado de portador do HIV/AIDS²²⁶. Cabe atentar que, no estágio atual, a AIDS é considerada uma doença crônica (não obstante já não mais se observe uma redução na expectativa de vida do portador), fator que corrobora o caráter discriminatório da dispensa²²⁷.

²²⁵ Acerca da AIDS (SIDA) em Portugal, conferir a série de relatos coletados pela TVI24, disponível em <https://tvi24.iol.pt/dossier/ser-seropositivo-em-portugal/583efea70cf2bcee6cd286a6> e www.sermas.pt.

²²⁶ JOSÉ JOÃO ABRANTES (ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais...* cit., p. 38-41), a respeito do portador de HIV, analisa brilhantemente um julgado da Relação de Lisboa, de 29/05/2007, confirmado pelo STJ em 24/09/2008. A análise pautava-se sobre a licitude de despedimento de um cozinheiro considerado inapto para o exercício da função em virtude de ser portador do vírus HIV. Ambas as instâncias confirmaram o estado de inaptidão do trabalhador em virtude do vírus e consideraram o contrato de trabalho cessado por caducidade.

Contudo, os acórdãos fundaram-se em razões cientificamente incorretas para considerar a inaptidão do trabalhador. Foi considerado erroneamente que a manipulação de objetos cortantes pelo cozinheiro poderia causar o derramamento de sangue nos alimentos, que poderiam vir a ser consumidos por uma pessoa com feridas na boca, causando risco de contaminação. Em verdade, é sabido que a transmissão do vírus HIV ocorre pela via sexual, sem proteção, pela via endovenosa e pela contaminação materno-fetal, de modo que a contaminação por alimentos estaria descartada. Mais ainda, não houve comprovação de que o manuseio de objetos cortantes era habitual, bem assim que, em razão da atividade exercida, não havia o dever de informar a condição de portador do vírus HIV.

²²⁷ DRAY, Guilherme Machado in: MARTINEZ, Pedro Romano. *Justa Causa...* cit., p. 80

Em relação ao dever de informação que tem o trabalhador em relação ao empregador, relativamente aos aspectos relevantes para a prestação da atividade laboral (art. 106.º, n.º 2 do CT), tratamos no item 3.2 acerca da necessidade que tem o trabalhador de informar ser portador do vírus HIV/SIDA nas hipóteses em que estiver em causa uma prestação laboral cuja segurança ou saúde de terceiros esteja em perigo. GUILHERME DRAY²²⁸ salienta que, nas hipóteses em que o trabalhador assim não proceder, haverá uma violação ao dever geral de lealdade e boa-fé contratual, na medida em que há omissão em relação ao dever de informar.

Adiante, outro fator relacionado à vida privada do trabalhador, cujos reflexos sobre o âmbito laboral cabem ser analisados, é o consumo de álcool e a toxicod dependência. Em regra, assim como os demais fatores tratados, o despedimento fundado apenas nestes motivos não é passível de ser considerado lícito. Contudo, aqui cabe uma diferenciação: é cediço que o consumo de álcool e substâncias psicotrópicas não deve ser tomado em consideração para a atividade laboral, conquanto o uso ocorra fora do horário de trabalho, em quantidades moderadas e compatíveis com a manutenção da sobriedade e das capacidades laborativas, sem que ofereça riscos ou prejudique a prestação laboral e, igualmente, não ofereça danos à imagem e o bom nome do empregador. Trata-se de um aspecto relacionado à esfera privada do trabalhador, de sorte que, em princípio, é abrangido pelo direito à reserva quanto à intimidade da vida privada.

Ocorre que, grande parte dessas substâncias, incluindo-se aí o álcool, tem elevado potencial aditivo, de sorte que, quando levado a consumo em grandes quantidades pode retirar da pessoa a capacidade de discernimento e causar impactos negativos na eficiência da atividade laboral prestada, no zelo e na diligência, e no comportamento quanto aos deveres de respeito e a urbanidade, no princípio da mútua colaboração, dentre outros. Soma-se a isto os casos em que é imperativa a sobriedade e a manutenção das capacidades motoras e psíquicas do trabalhador, a exemplo do que ocorre com os condutores de veículos automóveis,

²²⁸ DRAY, Guilherme Machado in: MARTINEZ, Pedro Romano. *Justa Causa...* cit., p. 80

operadores de máquinas pesadas, médicos, dentre outros. Nestes casos, poder-se-ia considerar a licitude da dispensa²²⁹, embora não nos pareça ser possível que o fundamento do despedimento possa ser o alcoolismo e a toxicodependência propriamente ditos²³⁰, mas o resultado destes na conduta do trabalhador.

Nesse sentido também é a jurisprudência, conforme Acórdão do Tribunal de Relação do Porto, de na medida em que reconheceu a licitude da justa causa a trabalhador que, admitido no cargo de pedreiro, passou a apresentar comportamentos inadequados no ambiente de trabalho, que o impediam de prestar os serviços para os quais foi contratado com zelo, dedicação e principalmente com a segurança necessária para o desempenho da atividade a que estava adstrito. Houve também a constatação de que o trabalhador se embriagava habitualmente, conforme testes de alcoolemia realizados, conforme previsto em regulamento interno da entidade empregadora, acerca de normas de segurança e saúde, e na Convenção Coletiva de Trabalho. Concluiu-se que o comportamento do trabalhador foi grave e culposos, violou o dever de zelo e diligência na prestação de trabalho, para além do dever de observância de regras de segurança e saúde no trabalho, e quebrou a relação de confiança entre as partes, fundamentos do despedimento com justa causa²³¹.

Ainda neste tema, em virtude do que já foi tratado até aqui, questionamos a aplicação da justa causa por fatos publicados pelo trabalhador, fora do âmbito laboral, na internet. Neste aspecto, como já mencionado, existe uma dificuldade em mensurar a linha divisória entre as esferas pública e privada do trabalhador, ou mesmo de se reconduzir a situação a uma das esferas tradicionais, porquanto as informações na internet, à exceção das mensagens trocadas entre duas pessoas ou, ainda, entre um grupo bastante reduzido de pessoas, se não são públicas desde o

²²⁹ DRAY, Guilherme Machado in: MARTINEZ, Pedro Romano. Justa Causa... cit., p. 78-79

²³⁰ É certo que, em todos os casos, tratamos do uso dessas substâncias fora do local e dos horários de trabalho, uma vez que nada impede que se fundamente a aplicação de uma sanção de justa causa com fundamento no

²³¹ Nesta análise, a Relação do Porto toma em consideração diversos outros acórdãos que corroboram o entendimento solidificado em relação ao tema. Nomeadamente, os acórdãos do TRL no âmbito dos processos com o nº 978/10.6TTALM.L1-4 de 26.10.2011, 660/10.4TTALM.L1-4 de 28.09.2011, 7013/2007-4 de 05.12.2007, 475/07.7TTFUN.L1-4 de 06.10.2010, do TRP processo 9340614 de 22.11.1993 e, do STJ no processo nº 0554320, de 27.04.2006.

início, também não têm uma expectativa de privacidade. De início, entretanto, é de fácil aceção que o despedimento com justa causa motivado pelo comportamento de natureza pessoal na internet seria considerado ilícito, na medida em que é praticado fora do âmbito laboral.

Contudo, à similaridade com o que ocorre nas demais situações, é possível que esses fatos tenham reflexos sob a relação de trabalho, nomeadamente em relação ao dano ao bom nome, à imagem, à honorabilidade do empregador, à criação de animosidade no ambiente laboral, o dano irremediável à relação de confiança entre as partes e a ofensa aos direitos fundamentais e de personalidade de outros trabalhadores²³². Disto decorre que seja lícito, nestas exceções, do recurso à justa causa de despedimento em decorrência de comportamento praticado na internet, que, relacionado ao trabalho, impactou negativamente neste.

Exemplo disto é o caso julgado pela Relação de Lisboa²³³. O Tribunal, considerou ofensiva e difamatória a publicação de uma trabalhadora na rede social *Facebook*, de tal modo que houve violação, também, aos direitos de personalidade do empregador. Afastado o carácter privado das publicações, o acesso do empregador ao conteúdo destas publicações não ofendia o direito à reserva da intimidade da trabalhadora, nem tampouco o seu direito à liberdade de expressão e opinião. Ao contrário, houve uma extrapolação por parte da trabalhadora dos limites em relação ao seu direito. Por estas razões, a considerar o ato ilícito, culposo e com consequências gravosas na relação laboral, não é ilícita a sanção de despedimento aplicada.

Tendo isso exposto, conclui-se que a sanção de despedimento por justa causa, quando relacionada a uma conduta ou situação vinculada à vida privada do trabalhador, não pode, em regra, ser-lhe fundamento, porquanto é o que os casos têm em comum. Contudo, nas hipóteses em que essa conduta ou esse aspecto causarem impactos negativos na relação laboral, a depender de sua gravidade, podem ser considerados lícitos para fins de aplicação da sanção resolutória do contrato de trabalho. Naturalmente, assim como qualquer outro motivo lícito de

²³² DRAY, Guilherme in: MARTINEZ, Pedro Romano et. al. Código do Trabalho Anotado... cit., p. 149

²³³ Ac. 431/13.6TTFUN.L1-4 do TRL, de 24 de Setembro de 2014, disponível em www.dgsi.pt

despedimento por justa causa, é necessário o atendimento aos procedimentos determinados em matéria de cessação do contrato de trabalho para que válidos.

4.6. Casos especiais:

4.6.1. Trabalho externo: geolocalização

A geolocalização é outra tecnologia que progrediu a ponto de se tornar corriqueira. Criada pela agência espacial dos Estados Unidos para o uso militar, a tecnologia do GPS, acrônimo inglês para o sistema de posicionamento global, foi licenciada para o uso civil no final da década de 90, embora com restrições no que dizia respeito à precisão. Já no início dos anos 2000 houve a eliminação desta barreira, que, somado à produção em massa destes dispositivos, tornou viável do ponto de vista comercial a utilização da tecnologia. O grande interesse pela geolocalização fomentou o interesse de entidades diversas à criação de sistemas alternativos ao GPS, incluindo-se aí uma iniciativa da ESA, a Agência Espacial Europeia, que pretende colocar o seu sistema independente de satélites de geolocalização em pleno funcionamento até 2020²³⁴.

São bastante comuns as aplicações desta tecnologia atualmente, sobretudo porquanto a capacidade de receber dados de geolocalização se tornou comum a um número incontável de dispositivos, como telefones móveis, relógios e veículos. Soma-se a isto o fato de que a obtenção da localização por intermédio da triangulação de sinais de satélite (diga-se o modo de funcionamento do GPS) foi acrescida de outras modalidades como a triangulação sinais de estações de telefonia móvel, redes sem fio *wi-fi*, dentre outros. A maior agregação a esta tecnologia, contudo, surgiu no contexto da expansão da internet móvel, que tornou possível conhecer a localização de qualquer pessoa ou objeto remotamente e em tempo real.

Decerto, houve a expansão desta tecnologia ao contexto laboral, porquanto tornou-se possível às empresas o monitoramento remoto da posição dos trabalhadores fora do ambiente de trabalho, quer seja para a garantia da segurança,

²³⁴ Sobre o desenvolvimento do sistema europeu de navegação por satélite, conferir https://www.esa.int/Our_Activities/Navigation/Galileo/What_is_Galileo

quer seja para a aferição do cumprimento das ordens e instruções do empregador. São exemplos destas aplicações o transporte de cargas e pessoas e a prestação de serviços em domicílio. Ora, em se tratando de monitoramento à distância, passamos a investigar se a hipótese se amolda àquelas tratadas no item 4.2.1, relativamente aos meios de vigilância à distância, especialmente em atenção aos direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador.

Em novembro de 2013, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu à unanimidade pela inexistência de ilicitude de despedimento de um trabalhador que não cumpria, com habitualidade, as rotas determinadas pelo empregador, na condução de um veículo pesado de transporte de cargas. A discussão do caso concreto, não obstante cingir-se à análise da regularidade do processo disciplinar que resultou na justa causa de despedimento, permeou em paralelo a legalidade da vigilância realizada por intermédio dos sistemas de geolocalização no veículo conduzido pelo trabalhador e da utilização destes dados na instrução do processo.

Neste sentido, o Tribunal considerou que os dados de localização geográfica do veículo utilizado não englobam aspectos da intimidade da vida privada do trabalhador. Isto porque o dispositivo de geolocalização estava instalado em uma viatura destinada exclusivamente à realização da atividade laboral, qual seja o transporte de combustíveis. O objetivo da instalação desse sistema no veículo era não só a verificação do cumprimento das rotas definidas pelo empregador como também a garantia da segurança do trabalhador, face aos riscos envolvidos no transporte de produtos altamente inflamáveis (neste caso, a utilização do sistema de localização permitiria, nomeadamente, as ações de socorro em caso de acidentes ou avarias), de modo que a tecnologia é empregada em estrita necessidade, proporcionalidade e adequação. Mais ainda, os dados de localização, puramente, não são capazes de expor o que estava a fazer o trabalhador porquanto indicavam unicamente a sua posição no espaço. Concluiu-se, neste sentido, que não houve violação aos direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador, em especial o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

Já em 2014, a CNPD deliberou acerca do tratamento de dados pessoais decorrentes da utilização de tecnologias de geolocalização no contexto laboral. A análise do texto da Deliberação n.º 7680/ 2014 evidencia que a Comissão tem como

premissa que as tecnologias de geolocalização no contexto laboral se enquadram no conceito de “sistemas de vigilância”. Segundo a entidade, se anteriormente era possível a obtenção da posição aproximada de uma pessoa ou objeto, atualmente é possível conhecer o local exato em que se encontra. De tal maneira, esses dispositivos facultam a obtenção de um volume de dados tamanho que permite a elaboração de perfis comportamentais da pessoa sob vigilância. Quando instalados em veículos, é possível que esta tecnologia esteja associada a informações que revelem dados da viatura como velocidade, aceleração, frenagens, e que permitem o bloqueio remoto do motor na hipótese de furto. Quando associada a smartphones e computadores portáteis, sobretudo aqueles fornecidos pela empresa, é possível o encaminhamento de dados de localização para a entidade patronal, associados ao acesso a dados armazenados no dispositivo, câmara e microfone.

Neste sentido, a Deliberação 7680/2014 elabora algumas conclusões. À nossa análise importa que a Comissão admite o enquadramento dos sistemas de geolocalização ao conceito de equipamento eletrónico de vigilância à distância, nos moldes do artigo 20.º, n.º 1 do Código do Trabalho, pelo que entende ser possível o tratamento destes dados no contexto laboral mediante o cumprimento dos critérios de legitimidade no número 2 do artigo 20.º do Código do Trabalho e do artigo 7.º da Lei de Proteção de Dados. Cumpre ainda destacar:

- É inadmissível o tratamento de dados de geolocalização para controle do desempenho profissional do trabalhador;
- Na hipótese de ser instalado equipamento de geolocalização em veículos automotores fornecidos pela entidade empregadora, é admissível o tratamento dos dados desde que o objetivo seja o controle de frota nas seguintes atividades: assistência técnica externa ou ao domicílio, distribuição de bens; transporte de passageiros; transporte de mercadorias; segurança privada;
- Em se tratando de veículo automóvel fornecido pela entidade empregadora para utilização em fins privados do trabalhador, é inadmissível o tratamento de dados de geolocalização;

- Quando a finalidade for a proteção de bens, admite-se o tratamento de dados de geolocalização nas hipóteses de transporte de materiais perigosos e de transporte de materiais de valor elevado;
- Na hipótese de furto da viatura ou do bem, em qualquer caso, são facultados o acesso e o tratamento de dados de geolocalização desde que se limite à monitorização da localização após o evento, para fins de investigação criminal e eventual recuperação do bem;
- É inadmissível o tratamento de dados de geolocalização de telefones móveis e computadores portáteis fornecidos pela entidade empregadora, ainda que o objetivo seja a proteção de bens, cuja finalidade é considerada excessiva pela Comissão;
- Atendidas as finalidades legítimas para o tratamento de dados de geolocalização, não se considera abusivo o tratamento destes dados nas hipóteses em que se verificarem indícios de prática criminosa, de sorte que os dados podem ser utilizados para sustentar a participação criminal. Similarmente, quando os fatos indicarem violação aos deveres do trabalhador, justifica-se também a utilização destes no âmbito de procedimento disciplinar.

Assim como nos demais casos, estão em causa os direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador, em especial o direito da reserva da intimidade da vida privada, e a liberdade gerencial do empregador, nomeadamente em relação a proteção de seu patrimônio.

Posteriormente à deliberação da CNPD, em decisão mais recente, o Tribunal de Relação do Porto decidiu que os sistemas de geolocalização se consideram meios de vigilância à distância, e, portanto, sujeitos as regras contidas nos artigos 20.º e 21.º do Código do Trabalho. Embora a Relação tenha ponderado a decisão do STJ supracitada, de 2013, levou em consideração que a posterior Deliberação 7680/2014 melhor se adequa à análise desses casos, motivo pelo qual optou pela configuração do GPS como meio de vigilância à distância. Entretanto, cabe acrescentar que no caso julgado havia sido solicitada autorização da CNPD, que foi concedida e revogada na sequência, em virtude de irregularidades não sanadas, motivo pelo qual a recolha daqueles dados também foi considerada ter sido feita de

forma ilícita. O entendimento não sofreu posterior modificação em sede de Revista²³⁵.

Tecidas essas considerações, concluímos haver uma proibição em princípio ao uso de tecnologias de geolocalização no âmbito do contrato de trabalho. Se por um lado as informações fornecidas por esses sistemas eram bastante limitadas, atualmente, em virtude da precisão e do volume de dados obtidos, é acrescido o risco de intromissão na esfera privada do trabalhador e de violação do direito à reserva da intimidade da vida privada. Com efeito, é de se considerar o uso das tecnologias de geolocalização como meio de vigilância à distância, que se sujeita à tutela dos artigos 20.º e 21.º do Código do Trabalho. Nas estreitas hipóteses em que se entende possível a utilização de instrumentos de geolocalização, são de observância necessária as regras dos artigos supracitados. Ainda assim, em nenhum dos casos o tratamento destes dados pode ter como finalidade a aferição do desempenho profissional do trabalhador, ainda que indiretamente, segundo entendemos.

Com a entrada em vigor do RGPD, na hipótese de se proceder ao tratamento destes dados, entende-se ser necessária a observância das regras do regulamento sobre proteção de dados pessoais, porquanto os dados de localização seguem elencados como dados pessoais. Questiona-se, entretanto, se, à semelhança do que foi tratado em relação à videovigilância, será dispensada a autorização da CNPD quanto a utilização das tecnologias de geolocalização, tendo em atenção o fato de que as tecnologias de geolocalização também são consideradas meios de vigilância à distância. Entendemos ser positiva a resposta, porquanto consideramos que as tecnologias de videovigilância oferecem maiores riscos à violação dos direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador se comparadas às tecnologias de geolocalização, de sorte que não seria justificável a adoção de um regime mais rigoroso à geolocalização e mais brando em relação à videovigilância, sobretudo porque os dados revelados por ambos os meios se enquadram no conceito de

²³⁵ Ac. 20/14.8T8AVR.P1 do TRP, de 05 de Dezembro de 2016 e Ac. 20/14.8T8AVR.P1.S1 do STJ, de 05 de Dezembro de 2016, disponíveis em: www.dgsi.pt

“informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”, no artigo 4.º do RGPD.

4.6.2. Teletrabalho, e trabalho no domicílio

O reconhecimento de novas espécies de contrato de trabalho nos importa também à análise da privacidade do trabalhador diante dessas situações jurídicas. Isto porque não obstante quase sempre estamos diante de um contrato de trabalho subordinado, essas figuras guardam distinções substanciais em relação ao contrato de trabalho típico. Dentre estas espécies, tratamos do trabalho à distância, que se consubstancia na figura do teletrabalho e do trabalhador móvel, desde que na forma subordinada e, de outro lado, como figura equiparada ao contrato de trabalho, fundada na parassubordinação, nos referiremos também ao trabalho no domicílio.

A análise da efetivação da tutela da privacidade desses trabalhadores nos importa na medida em que estão presentes nessas figuras a subordinação ou a parassubordinação, de sorte que o trabalhador, ainda que à distância, se insere no âmbito do controle do empregador. Mais ainda, é frequente que esse tipo de trabalho seja desempenhado na própria residência do trabalhador, cujo fato contribui para a aproximação do contexto da intimidade e da privacidade do trabalhador e de sua família ao âmbito laboral.

Como principal espécie de trabalho à distância, o teletrabalho é caracterizado pela separação espacial entre o trabalhador e o estabelecimento do credor da prestação laboral e pela intensa utilização de tecnologias de informação e comunicação com o credor da prestação. Segundo Palma Ramalho, o teletrabalho é um fenômeno recente, cujas dimensões ainda são de difícil avaliação. Em virtude do grande número de variáveis em relação ao local de trabalho, à intensidade da comunicação entre trabalhador e credor da prestação e ao grau de autonomia do teletrabalhador, é impossível a elaboração de um enquadramento jurídico que englobe todas as formas de teletrabalho. Por essa razão, é possível que o fenômeno

seja enquadrado em pelo menos três molduras, consoante a análise do grau de subordinação envolvido na prestação²³⁶.

Se a prestação laboral for marcada pela ausência de subordinação, estaremos diante da figura do trabalho autônomo, que se reconduz às regras da prestação de serviços em uma de suas modalidades. Já se da análise dos elementos contidos na relação se tornar evidente uma dependência econômica do trabalhador em relação ao credor da prestação, e se a atividade for desempenhada no domicílio do trabalhador ou em estabelecimento equiparado, estaremos diante da figura do trabalho no domicílio, sobre a qual trataremos adiante. Por fim, se a análise dos elementos da relação jurídica evidenciar a existência de subordinação do trabalhador em relação ao empregador, presente os requisitos da prestação laboral fora da empresa e com o emprego de tecnologias de comunicação e informação, estaremos diante do teletrabalho na forma subordinada, cuja figura se insere entre os contratos de trabalho especiais²³⁷.

No caso do teletrabalho subordinado, a análise da subordinação passa pela maior valoração de alguns indícios de subordinação do que outros, a exemplo da propriedade dos meios de produção, do grau de intensidade e do tipo de comunicações estabelecidas com o empregador e a existência de horários de trabalho prefixados em detrimento do local de trabalho. Com efeito, o elemento de distinção entre as figuras do teletrabalho subordinado, do trabalho no domicílio e do teletrabalho autônomo passa pela análise da existência de subordinação. A análise da subordinação tem ainda mais relevância quando se estabelece um paralelo entre o teletrabalho e o trabalho no domicílio, uma vez que segundo o regramento atual do código do trabalho, as atividades intelectuais também podem ser enquadradas nessa figura contratual, o que enquadra as atividades com recurso a tecnologias de informação e comunicação²³⁸.

O enquadramento legal do teletrabalho subordinado na legislação trabalhista é, segundo Palma Ramalho, um elemento raro nas legislações de outros países. Ainda

²³⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p. 339

²³⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p. 339-340

²³⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p. 340-342

assim, a figura do teletrabalho subordinado foi contemplada na primeira versão do Código do Trabalho de 2003. Atualmente, o teletrabalho subordinado é previsto nos artigos 165.º e ss. do Código do Trabalho, cuja primeira disposição trata da delimitação da figura em causa. Assim, considera-se teletrabalho subordinado a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação (art. 165.º CT)²³⁹.

Neste aspecto, superada a questão da subordinação jurídica, tem-se como segundo elemento de maior relevância à definição do contrato de teletrabalho subordinado a utilização de tecnologias de informação e comunicação²⁴⁰, cumulativamente, como elementos essenciais da prestação de trabalho. De tal sorte que o simples emprego de meio informático como instrumento de trabalho não reconduz a prestação, automaticamente, à figura do teletrabalho. Quanto ao local de trabalho, ainda que em regra a prestação ocorra no domicílio do empregador, a lei assim não estabelece como requisito. Neste sentido, o emprego da expressão “habitualmente fora” das instalações do empregador faculta ao trabalhador tanto a eleição do local de trabalho como também o permite realizar a prestação laboral nas instalações do empregador, eventualmente, sem que isto descaracterize o contrato de teletrabalho subordinado. Logo, o que se exige é apenas uma habitualidade em relação ao distanciamento das instalações do empregador para a prestação laboral²⁴¹.

Em relação ao contrato de trabalho típico, o teletrabalho subordinado tem como elemento comum o envolvimento pessoal do trabalhador no vínculo, ainda que a prestação laboral não ocorra no estabelecimento do empregador, o que justifica, similarmente à primeira figura, uma proteção acrescida em relação à privacidade do trabalhador. Ora, se por um lado o trabalhador atua longe dos olhos do empregador, por outro, o fato de a prestação ocorrer frequentemente no domicílio do trabalhador

²³⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p. 340

²⁴⁰ Do ponto de vista da análise da proteção da privacidade do trabalhador, o emprego de meios de comunicação com o trabalhador tem um papel de grande relevo, porquanto esses meios mantêm o trabalhador em constante envolvimento com o âmbito laboral, ainda que esteja distante das instalações do empregador

²⁴¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p.341-342

aproxima a atividade laborativa dos aspectos típicos da vida íntima e privada do trabalhador e de sua família. Neste sentido, em vistas da proteção da privacidade do teletrabalhador subordinado, o artigo 170.º do Código Trabalho trata sobre o respeito à privacidade e aos tempos de descanso e de repouso da família do trabalhador e da limitação da finalidade e do horário das visitas, quando se tratar do domicílio do trabalhador²⁴².

Assim, tomamos como exemplo um teletrabalhador subordinado, cuja prestação laboral é feita habitualmente em seu domicílio, e tem o dever de participação em reuniões periódicas com outros trabalhadores por meio de videoconferência. Nestas ocasiões, é possível que as imagens e o áudio captados revelem aspectos de sua vida privada, nomeadamente as suas condições sociais e financeiras, práticas religiosas, orientação sexual, dentre outros, quer seja pela presença de quadros e fotografias nas paredes ou imagens religiosas expostas, quer seja pelo áudio captado do diálogo de outras pessoas com quem conviva. Não obstante seja dever do trabalhador zelar para que aspectos indesejados de sua vida privada não se tornem públicos perante terceiros, a frequência com que essa comunicação é estabelecida pode por em risco a privacidade do trabalhador. Com efeito, em decorrência do dever do empregador de zelar pela privacidade do trabalhador, a fixação de horários de trabalho, e o agendamento das comunicações são úteis na medida em que permitem ao trabalhador ter controle sobre o ambiente no qual realiza suas atividades. Mais ainda, a prefixação da jornada de trabalho ou a simples programação prévia das atividades garantem, também, a possibilidade de descanso e repouso do trabalhador e de sua família, e a conservação de sua higidez física e psicológica, previstos na parte final do n.º 1 do artigo 170 do CT.

Em relação à finalidade das visitas ao local de trabalho quando se tratar do domicílio do trabalhador, o artigo 4.º, n.º 2 da Lei do Trabalho no Domicílio (101/2009, de 8 de Setembro) traz previsão similar ao n.º 2 do artigo 170.º do Código do Trabalho, acrescentando às hipóteses a previsão de que as visitas tenham como finalidade a garantia das regras sobre segurança e saúde no trabalho. Contudo,

²⁴² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p. 345

entendemos que essa possibilidade também seja admitida em relação ao teletrabalho subordinado. Isto porque o n.º 1 do mesmo artigo prevê a garantia da saúde física e psicológica e, sobretudo, porque em se tratando de trabalho subordinado, a garantia da segurança e da saúde do trabalhador são deveres imputados ao empregador, razões pelas quais entendemos que a expressão “controle da atividade laboral” no n.º 2 mesmo artigo engloba a visita ao domicílio do teletrabalhador com a finalidade de lhe garantir a segurança e a saúde.

No que diz respeito ao trabalho no domicílio, segundo ROSÁRIO PALMA RAMALHO²⁴³, trata-se da figura de uma prestação autônoma, quase sempre um contrato de prestação de serviços, mas que se sujeita por definição legal a princípios juslaboralistas e um regime especial. Não se trata de uma nova figura contratual, mas de uma prestação de serviços cuja situação é equiparada ao contrato de trabalho e sujeitada ao regime especial da Lei n.º 101/2009, de 8 de setembro, que estabelece o regime jurídico do trabalho no domicílio.

Por definição, considera-se trabalho no domicílio a prestação de atividade, não subordinada, realizada no domicílio ou em instalação do trabalhador. Enquadram-se neste conceito, também, as situações que envolvem a compra e a transformação de matéria-prima para posterior revenda ao mesmo beneficiário. Em todos os casos, para que se considere trabalho no domicílio, o trabalhador deve se encontrar em posição de dependência econômica do credor da prestação.

A ausência de subordinação jurídica e a inserção do trabalhador em uma posição de dependência econômica do empregador são aspectos que a doutrina denomina parassubordinação, e que, por sua vez, constituem a essência do trabalho do domicílio. Trata-se de uma figura situada entre a subordinação jurídica e o trabalho autônomo. Com efeito, em razão da inexistência de subordinação jurídica, a prestação do trabalho nesta hipótese ocorre de maneira formalmente autônoma,

²⁴³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Tratado: Parte II... cit., p. 88.

embora o trabalhador se encontre dependente economicamente ou materialmente do credor do serviço²⁴⁴.

Quanto à dependência econômica, segundo ROSÁRIO PALMA RAMALHO²⁴⁵, trata-se da integração do trabalhador no processo produtivo alheio²⁴⁶, em caráter exclusivo. Trata-se de uma via distinta do conceito de dependência puramente economicista, no qual a dependência é vinculada à necessidade do trabalho como forma de subsistência. Acrescenta ROMANO MARTÍNEZ²⁴⁷, que o conceito de dependência econômica leva em conta, também, a existência de uma situação similar a um monopólio, porquanto o trabalhador recebe encomendas exclusivamente do beneficiário da prestação, cujas quais somente a ele interessam. Isto é, sozinho, o trabalhador não consegue ou não pode colocar o produto em circulação.

A prestação laboral, nesta figura, é marcada pela auto-organização do trabalhador e pela ausência de controle direto sobre o trabalhador. Ainda assim, em razão da posição de dependência econômica do trabalhador e da prestação da atividade que é realizada em seu domicílio, é necessária a tutela da privacidade do trabalhador. O grau de autonomia e a capacidade de auto-organização verificados na figura do trabalho no domicílio, entretanto, tornam o trabalhador no domicílio menos suscetível à violação de aspectos de sua privacidade e, por conseguinte, de seus direitos fundamentais e de personalidade. Ainda assim, o Código do Trabalho faz uma necessária recondução das situações equiparadas ao contrato de trabalho, como assim é o trabalho no domicílio, às normas relativas a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação, segurança e saúde no trabalho (art. 10.º do CT).

A LTD, quanto ao dever de proteção da privacidade do trabalhador no domicílio, guarda similitudes com a previsão sobre o dever de proteção ao teletrabalhador

²⁴⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p. 85-86

²⁴⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p. 88

²⁴⁶ Acerca da integração do trabalhador no processo produtivo alheio cfr. Ac. SJ20080916004594 do STJ, de 16 de Setembro de 2008, Ac. 762/11.0TTVCT.G1 do TRG, de 15 de Março de 2016, disponíveis em www.dgsi.pt

²⁴⁷ Sobre os dois conceitos de dependência econômica ver MARTÍNEZ, Pedro Romano. *Manual de Direito do Trabalho* cit., p. 346.

subordinado, no Código do Trabalho. Neste sentido, o artigo 4.º da LTD dispõe sobre o dever de proteção da privacidade do trabalhador no domicílio, o dever de respeito aos tempos de descanso e repouso do trabalhador e de sua família e da finalidade e da limitação das visitas do beneficiário ao domicílio do trabalhador quanto ao horário e dias de semana.

4.6.3. O direito à imagem

Previsto no artigo 79.º do Código Civil, o direito à imagem não encontra previsão específica no âmbito laboral. Neste aspecto, a matéria é remetida ao Código Civil e à Constituição. Ainda assim, a conjugação dos artigos 14.º, 16.º ao 21.º e 126.º, do Código do Trabalho nos permite delinear um panorama adequado às necessidades do trabalhador.

O direito à imagem que tem a pessoa é, naturalmente, integrante de seu patrimônio jurídico, e constitui um elemento de seus direitos de personalidade. Na sequência do que foi tratado sobre o direito à imagem, anteriormente, verificou-se que, embora seja indissociável de seu titular, o direito à imagem não é indisponível. Não se trata de uma renúncia ao direito de personalidade em questão, mas de uma limitação voluntária por intermédio do consentimento do titular²⁴⁸.

No contexto laboral, há casos em que a imagem do trabalhador pode ser explorada em benefício do próprio empregador. É o caso dos trabalhadores que gozam de alguma fama ou reputação, a exemplo dos praticantes desportivos e dos profissionais artísticos.

Na primeira hipótese, remete-se a legislação especial em matéria dos contratos de praticantes desportivos. O artigo 14.º, n.º 1 da Lei 54/2017 é expresso em garantir ao trabalhador o direito a exploração da própria imagem pública, vinculada à prática desportiva, mediante contrato de exploração comercial, e de opor-se à sua utilização não autorizada. A previsão legislativa reforça a posição da necessidade expressa de consentimento do titular da imagem para que ocorra a veiculação. Há

²⁴⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho...* cit., p. 167.

ressalvas, entretanto, quanto a possibilidade de utilização da imagem do coletivo de praticantes pela entidade empregadora, embora seja possível que esse aspecto seja objeto de regulamentação coletiva.

Com efeito, a exploração da imagem do trabalhador não decorre simplesmente do contrato de trabalho, sobretudo porque a matéria é incompatível, já que a exploração da imagem do trabalhador revela natureza contratual comercial.

No que diz respeito aos profissionais artísticos, a exploração da imagem do profissional guarda distinções pouco evidentes em relação à prestação laboral, uma vez que a atividade laboral é intrinsecamente relacionada à exposição audiovisual do trabalhador. A esse respeito, nada menciona a Lei n.º 4/2008, de 07 de Fevereiro, que aprova o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espetáculo, alterada pela Lei 105/2009 (Código do Trabalho) e Lei n.º 28/2011)²⁴⁹.

Disto decorre que a imagem do trabalhador, durante a prestação laboral, faz parte do objeto do contrato de trabalho e, portanto, não carece da celebração de um contrato comercial em apartado. Lado outro, a exploração da imagem do trabalhador fora do contexto laboral, em benefício da entidade empregadora, já não pode ser entendida desta forma. Trata-se de uso extra laboral da imagem, pelo que entendemos ser do trabalhador o direito à opção pela limitação ou não de seu direito à imagem.

Em todos os casos, a cedência e a utilização da imagem do trabalhador, ante a ausência de definição específica na legislação laboral, remete a questão à tutela do direito à imagem no Código Civil, nomeadamente em relação a proibição da utilização da imagem em contexto que resulte prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro (art. 79.º, n.º 3 do CC).

Sob outra perspectiva, entendemos que, em princípio, não fere o dever de lealdade que tem o trabalhador em relação ao empregador a prática da cedência da própria imagem a terceiro que não o empregador, sobretudo quando a imagem não for relacionada à sua prestação laboral habitual, sem prejuízo da proteção à imagem

²⁴⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado: Parte II...* cit., p. 378.

do empregador. Isto porque, conforme já mencionado, a imagem da pessoa constitui direito irrenunciável de seu titular.

Cabe mencionar, também, uma hipótese que vinha sendo discutida na jurisprudência brasileira em relação a exploração da imagem do trabalhador pela veiculação de anúncios e logomarcas em uniformes e roupas de trabalho, nomeadamente nos contratos de trabalho em que a prestação laboral envolva contato com o público. No Brasil, essa prática é frequente em estabelecimentos relacionados ao comércio de medicamentos. Em decisão recente, o Tribunal Superior do Trabalho²⁵⁰ decidiu não ser passível de indenização a obrigatoriedade em relação ao uso de uniformes com logotipos do empregador ou de empresas parceiras, na medida em que não se verifica dano à imagem do trabalhador.

Em Portugal, citamos a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2006, que dentre outros temas, abordava questões relativas à validade do contrato de cedência de imagem celebrado com a concordância do titular e mediante contraprestação financeira. Em decisão anterior, a Relação do Porto havia declarado nulo o contrato por entender ser impossível a “cedência da imagem” de uma determinada pessoa na medida em que o fato contrariava princípios de ordem pública. À análise, o STJ considerou como premissas as seguintes questões, relativamente ao direito de imagem:

- é necessário o consentimento do titular da imagem para a sua reprodução (art. 79.º, n.º 1 do CC);
- a limitação voluntária do direito de imagem de uma determinada pessoa deve se dar em conformidade com os princípios de ordem pública (art. 80.º e 280º do CC);
- são três as formas de exercício do direito à imagem: exposição, ao público ou a outra pessoa, reprodução, e exploração comercial do retrato (art. 79.º, n.º 3 do CC)
- o direito de imagem, enquanto direito de personalidade, é inalienável.

²⁵⁰ Ac. RR-8-22.2013.5.20.0007 da 5ª Turma do TST, de 13 de Abril de 2018, disponível em tst.jus.br

Em conclusão, observou-se que, de fato, a “cessão da imagem” não se afigura possível, na medida em que é inadmissível a uma pessoa ceder o direito à própria imagem, fato que contraria o disposto nos artigos 81.º, n.º 1, e 280.º, n.º 2, do Código Civil. De outro lado, seria lícita a “cessão da exploração comercial da imagem, expressamente admitida na legislação”. Não obstante o contrato sub judicio fosse denominado “contrato de cessão de imagem” pelas partes, a análise dos termos do instrumento revelou tratar-se efetivamente de um “contrato de exploração comercial da imagem”. Com efeito, a celebração de contrato de exploração de imagem comercial do jogador futebolista, ainda que denominado de forma diversa, mediante o consentimento expreso do titular da imagem, se reveste de legalidade, motivo pelo qual foi afastada a declaração de nulidade.

5. CONCLUSÕES

- a) O conceito de privacidade se confunde quase sempre com o conceito de intimidade. Em ambos os casos, a privacidade e a intimidade revelam três dimensões: a solidão (desejo de estar só), o segredo (necessidade de sigilo) e a autonomia (liberdade de gerir a si próprio como centro emanador de informações). Contudo, parece-nos que a intimidade está contida no âmbito da privacidade (ou na vida privada), de sorte que o conceito de privacidade é mais amplo se comparado ao conceito de intimidade;
- b) Os direitos fundamentais correspondem quase sempre a direitos de personalidade. Como exemplos, citamos o direito à reserva da intimidade da vida privada, o direito à imagem, o direito ao bom nome e à honra. Contudo, direitos fundamentais emanam a ideia de relações de poder, ao passo que os direitos de personalidade emanam uma ideia de igualdade²⁵¹;
- c) Os direitos de personalidade são conteúdo mínimo para a promoção da personalidade do indivíduo. Contudo, a titularidade dos direitos de personalidade pelo indivíduo permite a autolimitação voluntária de seus direitos de personalidade;
- d) O princípio da limitação voluntária tem como critério o consentimento do titular dos dados. Mais ainda, o artigo 80.º do Código Civil considera anulável, a qualquer tempo, a limitação lícita ao exercício dos direitos de personalidade, e plenamente nula a limitação contrária aos princípios da ordem pública (ilícita). Ainda assim, a limitação voluntária dos direitos de personalidade não alcança a capacidade de *gozo* destes direitos. A limitação também não importa *cessão* destes direitos, na medida em que os direitos de personalidade são indisponíveis;
- e) Existem exceções à necessidade de consentimento aparece em relação às figuras públicas, bem assim compreendidas as pessoas cuja notoriedade, cargo, exigências de polícia ou de justiça justifiquem a exposição. Há dispensa

²⁵¹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008, p. 66-69

do consentimento, também, quando os motivos forem objetivamente relevantes do ponto de vista científico, didático e cultural ou quando fundados no interesse público, e na hipótese de ser retratada a pessoa em lugar público ou durante fato público relevante ou, ainda, por exigências policiais ou de justiça²⁵²;

- f) Em todas as hipóteses, sendo ou não necessário o consentimento, é indisponível a proteção da honra, da reputação e do decoro por meio da imagem;
- g) Também não cremos que o mero consentimento importe a renúncia à possibilidade de tutelar esses direitos, na medida em que não são indisponíveis;
- h) Embora seja tradicionalmente civilista, a proteção dos direitos de personalidade, a partir do Código do Trabalho de 2003, ganhou contornos especificamente laborais. Em ambos os contextos, no que diz respeito à proteção da privacidade do trabalhador (já que ainda é possível a remissão aos conceitos civilistas para a proteção dos direitos de personalidade), a proteção da privacidade ganha relevo com a autonomização do direito à reserva da intimidade da vida privada;
- i) A ideia da proteção da vida privada e da intimidade na formação do contrato está ligada à potencial discriminação que se sujeitam os candidatos a emprego, na medida em que critérios de preferências políticas e crenças religiosas, do sexo e da orientação sexual, da situação familiar, das origens étnicas e raciais consubstanciam fatores de discriminação;
- j) O reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais corrobora esta posição na medida em que os dados pessoais carregam inúmeros caracteres da personalidade e da intimidade de seu titular. Igualmente importante é o reconhecimento da existência da categoria de dados pessoais sensíveis, cuja proteção é justificada pelo acrescido potencial lesivo da utilização indevida

²⁵² DRAY, Guilherme Machado. Direito de Personalidade... cit., p.50-52

- destas informações (i.e., sexo, da opção sexual, das práticas e crenças religiosas);
- k) Os dados pessoais devem ser mantidos pelo período estritamente necessário. Bem assim, é do titular dos dados o controle sobre eles, de sorte que entende ser possível requerer o apagamento de informações armazenadas por terceiros, nomeadamente o empregador, desde que, naturalmente, não exista um dever legal de manutenção e não seja logicamente impossível apagá-los.
 - l) Assim, as informações pessoais do candidato ou trabalhador devem se limitar ao necessário para a formação e a execução do contrato de trabalho. Assim, não é possível que se exija informações relativas à esfera íntima, por exemplo. Contudo, é possível que determinadas informações, ainda que relativas a vida privada, devam ser prestadas, nomeadamente para a proteção de regras de saúde e segurança do trabalhador ou de terceiros.
 - m) A possibilidade da exigência de testes e exames de gravidez parece estabelecer uma relação direta com potenciais danos que a atividade laboral possa vir a causar ao trabalhador, naturalmente observados os requisitos legais, nomeadamente a estrita necessidade, a forma escrita e a prestação destas informações a médico;
 - n) Na medida em que os critérios de ascendência, etnia e raça não são relevantes, em princípio, para a execução do contrato de trabalho, em se tratando de trabalhador estrangeiro, não nacionais de um dos Estados membros da União Europeia, do Espaço Económico Europeu ou de Estado terceiro com o qual a Comunidade tenha estabelecido acordo de livre circulação de trabalhadores, o preterimento destes trabalhadores com base nesses critérios revelam um tratamento discriminatório. Assim, sendo necessária a autorização do exercício de atividade subordinada pela autoridade competente, a seleção de candidatos fundada neste critério não constitui discriminação, nos termos do n.º 2 do artigo 25.º do Código do Trabalho, porquanto se baseia em um comportamento justificável;
 - o) As informações disponibilizadas pelo candidato ou pelo trabalhador na internet, nomeadamente nas redes sociais, ainda que tenham sua visualização restrita a determinadas pessoas, não tem uma expectativa de

serem privadas, na medida em que geralmente são compartilhadas com um número grande de pessoas e, também, podem ser facilmente copiadas a terceiros. O mesmo não se pode dizer de mensagens trocadas nestas redes, as quais já nascem com a expectativa de serem mantidas privadas, à semelhança das comunicações por carta.

- p) A realização de pesquisas por parte do empregador de informações disponibilizadas na internet pelo candidato não encontra qualquer proibição na legislação. Lado outro, o preterimento de um candidato em relação a outro com base nestes critérios, sobretudo se analisados de forma subjetiva, pode constituir tratamento discriminatório. Mais ainda, a conduta do empregador que forçosamente tenta aceder a estas informações, nomeadamente por intermédio da requisição de inserção ou fornecimento de credenciais de acesso a determinados *sites* é flagrantemente abusiva, na medida em que viola a proibição da exigência de informações relativas à vida privada do candidato no artigo 17.º, n.º 1 do Código do Trabalho.
- q) Nem todas as condutas do empregador podem ser tidas como discriminatórias. Na perspectiva do Código do Trabalho atual, é admissível que determinados fatores de discriminação sejam derogados em algumas circunstâncias, nomeadamente em razão de políticas de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional e de inclusão de pessoas portadoras de deficiência ou de baixa formação. A derrogação destes fatores, contudo, colide com o princípio da igualdade e não discriminação, motivo pelo qual deve ser tomada como medida excepcionalíssima, com vistas a um benefício socialmente justificável.
- r) A utilização de meios de vigilância à distância por intermédio de equipamento eletrónico, nomeadamente sistemas de geolocalização e videovigilância são potencialmente lesivos aos direitos de personalidade do trabalhador. Ainda assim, pode ser admissível que estes sistemas sejam empregados em situações como a proteção e a segurança de pessoas e bens, desde que atendidos os critérios de proporcionalidade e legitimidade.
- s) Nestas hipóteses, é lícita a utilização, como meio de prova, de informações concebidas pelos meios de vigilância à distância desde que conhecidos

acidentalmente e a utilização desses meios não tiver essa finalidade e forem respeitados os critérios de proporcionalidade²⁵³;

- t) A utilização de dados biométricos no ambiente laboral, nomeadamente para controle de acesso ou controle de jornada, não oferece grandes riscos à privacidade do trabalhador na medida em que os dados não são possíveis de serem reproduzidos por engenharia reversa e empregados com outra finalidade. O mesmo não se pode afirmar, entretanto, quando dados biométricos são utilizados em conjunto com outros sistemas, razão pela qual a CNPD considera indevido o tratamento centralizado de dados biométricos;
- u) As liberdades do trabalhador, na vigência do âmbito do trabalho, devem ser respeitadas em princípio pelo empregador, a exemplo da possibilidade de ostentação de símbolos religiosos. Contudo, é dever do trabalhador não prejudicar o desenvolvimento das atividades do empregador, ao mesmo tempo em que o empregador deve tolerar as práticas do trabalhador, sempre de acordo com princípios de boa-fé.
- v) As mensagens de caráter pessoal e os rastros de navegação na internet, ainda que realizados no ambiente laboral são alvo de proteção contra intromissão, na medida em que correspondem a aspectos da vida privada do trabalhador. Contudo, deve-se ter em mente que é possível ao empregador que realize, de maneira aleatória, verificações, desde que não aceda ao conteúdo destas mensagens e informações. Lado outro, o trabalhador também deve ter em mente que, ao utilizar meios e equipamentos da empresa para fins pessoais, seus dados podem vir a ser conhecidos acidentalmente por terceiros.
- w) Em regra, consideram-se abusivas as revistas pessoais e nos bens do trabalhador, salvo na hipótese de existirem indícios graves quanto a prática criminosa no ambiente laboral. Entendemos, entretanto, que a revista não pode ser realizada por pessoa sem formação ou preparação, por pessoa de

²⁵³ ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais...* cit., p. 28

sexo distinto ou em ambiente não-reservado, sob pena de somente poder ser realizada pela autoridade policial competente;

- x) A realização de exames médicos periódicos é possível nas hipóteses em que se justificar por motivos de saúde e segurança do trabalhador. Nestes casos, à similaridade dos demais, somente o médico deve conhecer os resultados destas análises;
- y) O respeito ao descanso e ao repouso são igualmente considerados para a proteção da privacidade do trabalhador, na medida em que, nestes tempos, o trabalhador pode exercer a maior parte dos aspectos de sua vida privada (i.e., vida familiar, vida sexual, lazer, etc.);
- z) No que diz respeito à cessação do contrato de trabalho, aspectos da vida privada, em regra, não são possíveis fundamentos do despedimento com justa causa, na medida em que, nestas hipóteses, estaria em causa uma conduta discriminatória ou de assédio. Contudo, as condutas da vida privada que causarem impactos negativamente na relação laboral, a ponto de tornar insustentável a manutenção do vínculo, desde que obedecidas as demais disposições legais, podem dar origem a sanções disciplinares, inclusive a do despedimento com justa causa;

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João, *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana no Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2014

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Dicionário escolar da língua portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Ed. Nacional, 2008

BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007, 91

BRANDÃO, André Martins. *Interpretação jurídica e direito à privacidade na era da informação: Uma abordagem da hermenêutica filosófica*. Revista Paradigma, ano XVIII, n. 22, p. 232-257, jan./dez. 2013. Disponível em www.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/237/314

CALVÃO, Filipa. *O modelo de supervisão de tratamentos de dados pessoais na União Europeia: Da atual diretiva ao futuro regulamento*. Fórum de Proteção de Dados. ISSN 2183-7066. n.º 1 (2015), p. 36-48

Comissão Nacional de Protecção de Dados. *História da CNPD*. Disponível em www.cnpd.pt/bin/cnpd/historia.htm, acesso em: 24 maio 2018

Companies asking for Facebook passwords for future employees. Disponível em: www.telegraph.co.uk/technology/facebook/9155368/Companies-asking-for-Facebook-passwords-for-future-employees.html, acesso em 7 ago. 2018

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 20 reimp. Coimbra: Almedina, 2003

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, I (Parte Geral), tomo 3, Coimbra: Almedina, 2004

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, I (Parte Geral), tomo 3, Coimbra: Almedina, 2007. 902p

DE CUPIS, Adriano. *Il Diritto Alla Riservatezza Esiste*. Il Foro Italiano, vol. 77, no. 4, 1954, pp. 89/90–97/98. Disponível em www.jstor.org/stable/23144224.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução por Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008. 364p

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 16. ed. rev. e ampl., São Paulo: LTr, 2017

DGERT e Bureau Internacional do Trabalho. *Relatório VI - Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho: Do compromisso à ação*. Trad. CITE. Genebra: 2012. Disponível em www.cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs/Relat_VI_101a_Sessao.pdf, acesso em 26 set. 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Volume 1. Teoria Geral do Direito Civil. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 631p

DRAY, Guilherme Machado. *Justa Causa e Esfera Privada* in: Estudos do Instituto de Direito do Trabalho - v. II, Coord. Pedro Romano Martinez. Coimbra: Almedina, 2003

DRAY, Guilherme Machado. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006

DRAY, Guilherme Machado. O princípio da Proteção do Trabalhador. Coimbra: Almedina, 2015

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado* in: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1 jan. 1993

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da Língua Portuguesa*. Coord. Marina Baird Ferreira. 8 ed. rev. Atual. Curitiba: Positivo, 2010. 960p

HOGEMANN, Edna Raquel. *O direito geral de personalidade* (Capelo de Souza, R., 1995). Via Iuris, Bogotá, n. 22, p.225-244, jan./jul. 2017. Disponível em www.redalyc.org/articulo.oa?id=273954731013, acesso em 22 maio 2018

HUNGRIA. *Código Civil* (Act V of 2013), de 26 de fev. de 2013, Trad., disponível em www.ilo.org acesso em 20 out. 2018

International Labour Organization. *Convention 100 - Equal Remuneration Convention* (1951). Disponível em www.ilo.org

International Labour Organization. *Convention 111 - Discrimination (Employment and Occupation)*, 1958. Disponível em www.ilo.org

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2014

MARTINEZ, Pedro Romano et. al. *Código do Trabalho Anotado*, 10 ed., Coimbra: Almedina, 2016, 1174p

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*, 7 ed, Coimbra: Almedina, 2015

MELO, Raimundo Simão de. *Discriminação, lista negra e direito de ação* in: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 68, n. 3, p. 229-232, jul./dez. 2002

MENDES, João de Castro. *Direitos Liberdades e Garantias – Alguns Aspectos Gerais* In: PEREIRA, Andre Gonçalves. Estudos sobre a constituição. Lisboa: Petrony, 1977, 396p

Mexico. *Constitucion Politica De Los Estados Unidos Mexicanos* (1917). Disponível em <http://www.ordenjuridico.gob.mx>, acesso em 22 mar. 2018

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*. Coimbra: 2004

MOREIRA, Teresa Coelho. *Direitos de Personalidade* in: Estudos de Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2011

MOREIRA, Teresa Coelho. *Esfera Privada do Trabalhador e Novas Tecnologias* in: Minerva: Revista de Estudos Laborais, ano III, n.º 4, Semestral, mar. 2004, Coimbra: Almedina

MOREIRA, Teresa Coelho. *To Be or not To Be Digital: O Controlo das Redes Sociais Online dos Candidatos no Processo de Recrutamento* in: Para Jorge Leite, Vol I: Escritos Jurídico Laborais, coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes, Regina Redinha, Coimbra: Coimbra Ed., 2014

MOREIRA, Vital (coord.). GOMES, Carla de Marcelino (coord.). Centro de Direitos Humanos Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). *Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos*. Wolfgang Benedek, 2012. Disponível em www.fd.uc.pt, acesso em 12 set. 2018

MOTA, Laura. *O Dever de Lealdade do Trabalhador Após a Cessação do Contrato de Trabalho*, Coimbra: Almedina, 2015

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva Navarro. LEONARDOS, Gabriela. *Privacidade Informacional: origem e Fundamentos no Direito Norte-Americano*. Disponível em www.publicadireito.com.br, acesso em 20 ago. 2018

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 31. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2018

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, 687p

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota, *A protecção da Vida Privada e a Constituição* in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 76, 153, Coimbra: 2000, disponível em www.heinonline.com

QUAST, Lisa. *Social Media, Passwords, and the Hiring Process: Privacy and Other Legal Rights*. Disponível em www.forbes.com/sites/lisaquast/2012/05/28/social-media-passwords-and-the-hiring-process-privacy-and-other-legal-rights/#10c72d966e6a, acesso em 7 ago. 2018.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais em Matéria Laboral* in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol II - Direito Constitucional e Justiça Constitucional, Coimbra: Coimbra Ed., 2012

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Modernizar o direito do trabalho para o século XXI. Notas breves sobre o Livro Verde da Comissão Europeia, de 22 de novembro de 2006, e sobre os desafios da flexisegurança*. In: NAHAS, Thereza Christina (Org.). *Princípios de Direito e Processo do Trabalho: questões atuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 31-46.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho: Parte II - Situações Laborais Individuais*. 5 ed., Coimbra: Almedina, 2014

REDINHA, Regina. *Assédio Moral ou Mobbing no Trabalho* in Estudos em Homenagem ao Professor Raul Ventura, Coimbra: Coimbra Ed., 2003, disponível em www.cije.up.pt

RUDARO, Regina Linden. RODRIGUEZ, Daniel Piñero. FINGER, Brunize (colab.). *O direito à proteção de dados pessoais in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba*, n. 53, 2011

United Nations. *Universal Declaration of Human Rights* (1948). Disponível em www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html, acesso em 24 maio 2018

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The Right to Privacy*. Harvard Law Review, v. 4, n. 5, dez. 1890. pp. 193-220. Disponível em www.jstor.org/stable/1321160